

## RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

### "Cyberconsommation" et droit international privé

Moiny, Jean-Philippe; DE GROOTE, Bertel

*Published in:*

Revue du Droit des Technologies de l'information

*Publication date:*

2009

*Document Version*

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

*Citation for pulished version (HARVARD):*

Moiny, J-P & DE GROOTE, B 2009, "'Cyberconsommation" et droit international privé', *Revue du Droit des Technologies de l'information*, Numéro 37, p. 5-37.

#### General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

#### Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

# DOCTRINE

## « Cyberconsommation » et droit international privé

Jean-Philippe Moiny<sup>1</sup> et Prof. Dr. Bertel De Groote<sup>2</sup>

*Today more than ever, the consumer uses the Web to buy products (hi-fi devices, computers, music, books, etc.), to book a plane for his holidays, to access to services such as social networking sites like Facebook and Twitters, or search engines, etc. In this respect, he usually – whether or not knowingly– signs numerous contracts that often have a transnational character. In the case of disputes regarding this contract the intrinsically cross-border character of the Internet often leads to question regarding private international law. In this field the presumed weakness of the consumer has given way to specific rules that offer the consumer a certain protection. This protection is even more indispensable since the consumer isn't necessarily aware of these realities and their legal consequences. On the European level, this contribution exhaustively analyses the way in which the Regulations "Brussels I" and "Rome I" have respectively in the field of international jurisdiction and applicable law made this protection concrete. Apart from a comparison of the European provisions to the analogous provisions in the Belgian Private International Law Code, this contribution evaluates the criteria for the applicability of the protective provisions by comparing them to the similar stipulations in the Rome and Brussels Conventions that were replaced by the fore-mentioned regulations. The analysis and an attempt to answer to some interpretation concerns that arise from the protective rules in case of disputes regarding consumer contract, focus on the impact of new technologies that enable the conclusion of electronic contracts in a virtual world.*



*Aujourd'hui plus que jamais, le consommateur utilise le Web pour acheter des produits (du matériel hi-fi, des ordinateurs, de la musique, des livres, etc.), pour réserver un vol pour ses vacances, pour accéder à des services tels que les sites de socialisation comme Facebook et Twitter, ou des moteurs de recherches, etc. À cet égard, il conclut – consciemment ou non – de nombreux contrats qui souvent ont un caractère transfrontalier. En cas de litiges concernant ces contrats le caractère intrinsèquement international de l'Internet mène souvent à des questions de droit international privé. Sur le plan du droit international privé, la faiblesse présumée du consommateur a donné lieu à des règles spécifiques qui lui confèrent une certaine protection. La protection du consommateur est en outre d'autant plus nécessaire qu'il n'est pas toujours conscient de ces réalités et de leurs conséquences juridiques. Sur le plan européen, la façon dont les règlements « Bruxelles I » et « Rome I » ont respectivement, en matière de compétence internationale et de droit applicable, concrétisé cette protection, est analysée de manière exhaustive. En plus d'une comparaison des dispositions européennes aux dispositions analo-*

<sup>1</sup> Aspirant du F.R.S. – FNRS, chercheur au CRID.

<sup>2</sup> Hogeschool Gent – Université de Gand. Collaborateur à l'Université de Liège.

*gues du Code de droit international privé belge, la contribution évalue les critères d'applicabilité de ces règles protectrices en les comparant aux règles similaires des Conventions de Bruxelles et de Rome que lesdits règlements ont remplacés. L'analyse et la tentative de résolution de certaines difficultés d'interprétation résultant des règles protectrices en matière de litiges portant sur des contrats transfrontaliers conclus par consommateurs, se focalise sur l'impact des technologies qui permettent la conclusion de contrats électroniques dans le monde virtuel.*

## INTRODUCTION

La présente contribution propose une approche ciblée de la protection du « cyber-consommateur » en droit international privé. Le champ de la réflexion est cependant doublement limité.

Premièrement, il est principalement focalisé sur le droit international privé d'origine communautaire en matière de contrats de consommation. Sont pris en compte, d'une part, le règlement « Bruxelles I »<sup>3</sup> concernant la compétence des juridictions ainsi que, lorsque c'est opportun, la Convention de Bruxelles<sup>4</sup> qu'il a remplacée<sup>5</sup>. Et, d'autre part, le nouveau

règlement « Rome I »<sup>6</sup> relatif au droit applicable aux obligations contractuelles est étudié ainsi que, le cas échéant, la Convention de Rome<sup>7</sup> qu'il remplace<sup>8</sup>. Accessoirement, le Code de droit international privé belge<sup>9</sup> (C.D.I.P.) est évoqué lorsque le droit communautaire est inapplicable.

Secondement, il n'est pas question d'aborder exhaustivement l'objet précité mais seulement de focaliser le propos sur certaines règles particulières, et de soulever quelques difficultés d'interprétation résultant de leur application. Sont ainsi essentiellement concernés les articles 15, § 1<sup>er</sup>, c) et § 2, et 17 du règlement « Bruxelles I », ainsi que l'article 6, §§ 1<sup>er</sup> et 2 du règlement « Rome I ». La relation entre les champs d'application respectifs de ces règles et les critères déterminant ces derniers sont

<sup>3</sup> Règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000, concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, *J.O.*, L. 12, du 16 janvier 2001, ci-après « règlement Bruxelles I ».

<sup>4</sup> Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 sur la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, *J.O.*, L. 299, du 31 décembre 1972, ci-après « Convention de Bruxelles ». Pour une version consolidée, voy. *J.O.*, C. 27, du 26 janvier 1998.

<sup>5</sup> Voy. également pour le Danemark, la Norvège, l'Islande et la Suisse, la Convention concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale signée à Lugano, le 30 octobre 2007, ci-après « Convention de Lugano révisée », *J.O.*, L. 339, du 21 décembre 2007. La Norvège et l'Union européenne (sauf le Danemark) ayant ratifié la Convention, respectivement le 1<sup>er</sup> juillet 2009 et le 18 mai 2009, celle-ci entrera en vigueur entre ces deux parties le 1<sup>er</sup> janvier 2010. Cette Convention présente des dispositions protectrices du consommateur identiques à celles du règlement « Bruxelles I » et n'est donc pas étudiée. Pour

des informations complémentaires au sujet de cette Convention, voy. le site web du département fédéral de justice et police de la Confédération suisse (dépôt de la Convention, voy. article 69 de la Convention de Lugano révisée), [http://www.ejpd.admin.ch/ejpd/fr/home/themen/wirtschaft/ref\\_internationales\\_privatrecht/ref\\_lugano\\_uebereinkommen.html](http://www.ejpd.admin.ch/ejpd/fr/home/themen/wirtschaft/ref_internationales_privatrecht/ref_lugano_uebereinkommen.html).

<sup>6</sup> Règlement (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008, sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I), *J.O.*, L. 177, du 4 juillet 2008, ci-après « règlement Rome I ».

<sup>7</sup> Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, *J.O.*, L. 266, du 9 octobre 1980, ci-après « Convention de Rome ». Pour une version consolidée, voy. *J.O.*, C. 27, du 26 janvier 1998.

<sup>8</sup> Voy. article 24, § 1<sup>er</sup> du règlement « Rome I » qui prévoit le remplacement de la Convention de Rome.

<sup>9</sup> Loi du 16 juillet 2004 portant le Code de droit international privé, *M.B.*, 27 juillet 2004.

discutés. D'autres dispositions pertinentes dans le contexte de la consommation et de l'Internet ne peuvent être totalement ignorées et il y est donc renvoyé.

Sur l'Internet, le consommateur dispose en principe d'un pouvoir de négociation fort limité, voire inexistant : il est en général contraint à un choix binaire – prendre ou laisser – qu'il effectue souvent sans lire ce qui lui est proposé<sup>10</sup>. Le contrat d'adhésion est omniprésent, une auteure défendra d'ailleurs l'idée de désormais protéger plus généralement l'« adhérent », le « cyberconsommateur » n'existant pas réellement<sup>11</sup> ; la présumée faiblesse du consommateur ne serait-elle pas liée au contexte électronique de la conclusion du contrat plutôt qu'au fait que cette conclusion réponde à des besoins privés ? Unilatéralement rédigés à l'avance par le fournisseur de services ou de biens, les contrats offerts à l'internaute sont le lieu d'expression de l'autonomie des volontés – celles-ci portant sur le droit « matériel »<sup>12</sup> ou le droit international privé –, parfois utilisée jusqu'aux derniers retranchements de sa légalité. Cette réalité conduit à présenter les règles protectrices précitées sous l'angle des limitations qu'elles imposent à la volonté des parties, voire souvent en pratique, d'une partie.

À ces fins, les développements sont divisés en deux titres. Les règles choisies sont présentées

(I) et les circonstances nécessaires à leur application sont étudiées (II).

## I. PROTECTION DU CONSOMMATEUR À L'ÉGARD DE L'AUTONOMIE DES VOLONTÉS : RÈGLES CHOISIES

1. Dans le contexte de l'Internet, « l'Union européenne se trouve devant un double défi : d'une part, assurer la protection juridique des consommateurs ayant recours au commerce électronique et, d'autre part, ne pas freiner l'usage de ce moyen de promotion pour les entreprises européennes »<sup>13</sup>. Le consommateur, « partie au contrat réputée économiquement plus faible et juridiquement moins expérimentée que son cocontractant professionnel »<sup>14</sup>, doit donc être protégé, sans que soit inutilement gêné le commerce électronique.

Cette protection dépend de dispositions de droit « matériel » ainsi que de droit international privé. La présente analyse se limite à l'influence du régime protecteur sur le rôle de l'autonomie des volontés en droit international privé, cette autonomie étant à la base des clauses d'élection de for et/ou de loi applicable. Cela conduit également à aborder les règles de droit international privé relatives aux litiges portant sur les contrats conclus par les consommateurs en l'absence desdites clauses. Les règles choisies concernent ainsi, d'une part, la compétence internationale des juridictions (A) et, d'autre part, le droit applicable (B).

<sup>10</sup> Voy. K. VASILJEVA, « 1968 Brussels Convention and EU Council Regulation N° 44/2001 : Jurisdiction in Consumer Contracts Concluded Online », *E.L.J.*, 2004, p. 125.

<sup>11</sup> Voy. S. GUILLEMARD, « Le "cyberconsommateur" est mort, vive l'adhérent », *J.D.I.*, 2004, pp. 7-61, et en particulier, pp. 44-61. L'auteur envisage ainsi l'applicabilité des règles de protection du consommateur à certains professionnels lorsqu'une telle applicabilité se justifierait en raison de la présence d'un contrat d'adhésion ; le professionnel peut aussi, dans certains cas, être soumis aux mêmes risques que le consommateur.

<sup>12</sup> Pour les besoins du présent propos, cette expression est utilisée par opposition à celle de « règles de droit international privé ».

<sup>13</sup> C. BRUNEAU, « Les règles européennes de compétence en matière civile et commerciale – Règl. Cons. CE n° 44/2001, 22 décembre 2000 », *J.C.P. – La semaine Juridique Edition Générale*, 2001, p. 538.

<sup>14</sup> C.J.C.E., 11 juillet 2002, *Rudolf Gabriel*, C-96/00, *Rec.*, 2002, p. I-06367, ci-après « Rudolf Gabriel », point 39.

## A. Compétence internationale

Les règles de compétence internationale étudiées sont issues, d'une part, du droit communautaire (1.) et, d'autre part, du droit belge (2.).

### 1. Droit communautaire

#### a. Applicabilité

2. En droit communautaire, remplaçant la Convention de Bruxelles<sup>15</sup>, le règlement « Bruxelles I » détermine la compétence des juridictions en « matière civile et commerciale »<sup>16</sup>. Son application nécessite un certain rattachement à l'ordre juridique communautaire. En l'absence de ce dernier, il faut, soit se reporter à un instrument international applicable régissant la compétence internationale, soit, s'il n'y en a pas, aux dispositions pertinentes du C.D.I.P. En principe, le règlement « Bruxelles I » n'est applicable que lorsque le défendeur est « domicilié » sur le territoire d'un État membre<sup>17</sup> au sens de la loi de cet État membre<sup>18</sup>.

3. Toutefois, d'une part, exception est faite à cette règle lorsqu'il est question de « compétences exclusives »<sup>19</sup> et de « prorogation de

compétence »<sup>20 21</sup>, où un lien spécifique avec l'Union européenne est requis. Et d'autre part, la règle est *tempérée* lorsque sont en cause les « assurances »<sup>22</sup> et les « contrats conclus par les consommateurs »<sup>23</sup>.

4. Ainsi, en cas de contrats conclus par les consommateurs, si le cocontractant du consommateur n'est pas domicilié sur le territoire d'un État membre, mais possède « une succursale, une agence ou tout autre établissement dans un État membre, il est considéré pour les contestations relatives à leur exploitation comme ayant son domicile sur le territoire de cet État »<sup>24</sup>. Cette règle constitue « la seule [« ]exception[»] à l'article 4 du règlement en matière de contrat de consommation »<sup>25</sup>. Une alternative est donc offerte pour l'application du règlement « Bruxelles I » : soit le litige en cause oppose le consommateur à un contractant domicilié dans un État membre, soit, si tel n'est pas le cas, le litige en cause relève de l'exploitation d'un établissement quelconque de ce contractant (domicilié dans un État tiers) situé sur le territoire de la Communauté. Dans les autres hypothèses, il faut consulter le C.D.I.P., et il est tout à fait envisageable, sur l'Internet, que le cocontractant de l'internaute consommateur

<sup>15</sup> Sur le passage de la Convention de Bruxelles au règlement « Bruxelles I », voy. G.A.L. DROZ et H. GAUDEMET-TALLON, « La transformation de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 en Règlement du Conseil concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale », *Rev. crit. DIP*, 2001, pp. 601-652, C. BRUENEAU, *op. cit.*, pp. 533-541 et 801-808.

<sup>16</sup> Voy. article 1<sup>er</sup>, § 1<sup>er</sup>, du règlement « Bruxelles I ». L'article 1<sup>er</sup>, § 2 dudit règlement exclut explicitement certaines matières de son champ d'application telles que l'état des personnes, les faillites, l'arbitrage, la sécurité sociale, etc.

<sup>17</sup> Article 4, § 1<sup>er</sup> du règlement « Bruxelles I ».

<sup>18</sup> Article 59, § 1<sup>er</sup> du règlement « Bruxelles I ». Voy. cependant l'article 60 concernant les personnes morales.

<sup>19</sup> Voy. article 22 du règlement « Bruxelles I ».

<sup>20</sup> Voy. article 23 du règlement « Bruxelles I ». Cette disposition vise les cas où l'une des parties au moins est domiciliée sur le territoire d'un État membre, lorsque les tribunaux (ou le tribunal) désigné(s) sont ceux d'un État membre.

<sup>21</sup> L'article 24 peut « sans doute » être réservé aussi. À ce sujet et pour des explications plus approfondies, voy. F. RIGAUX et M. FALLON, *Droit international privé*, Bruxelles, Larcier, 2005, pp. 347-352.

<sup>22</sup> Section 3 du règlement « Bruxelles I ».

<sup>23</sup> Section 4 du règlement « Bruxelles I ».

<sup>24</sup> Article 15, § 2 du règlement « Bruxelles I ».

<sup>25</sup> Voy. C.J.C.E., 15 septembre 1994, *Wolfgang Brenner et Peter Noller c. Dean Witter Reynolds Inc.*, C-318/93, *Rec.*, 1994, p. I-04275, point 18. Dans cette affaire, la Cour interprète la disposition équivalente de la Convention de Bruxelles, voy. points 18 et 20.

soit une société domiciliée<sup>26</sup> dans un État tiers à la Communauté, comme les États-Unis<sup>27</sup>.

Supposant à ce stade de la réflexion que le droit communautaire est applicable, en matière de compétence internationale, l'autonomie des volontés s'exprime au travers d'une clause d'élection de for (b.) et est limitée (c.).

*b. Autonomie des volontés –  
Clause d'élection de for*

5. Le règlement « Bruxelles I » permet aux parties à un contrat de choisir le for d'un État membre où elles porteront leurs litiges potentiels ou nés, lui octroyant de la sorte une compétence exclusive<sup>28</sup>. Loin du destinataire de son service, le fournisseur d'un service de la société de l'information<sup>29</sup>, par exemple, peut souhaiter se réserver la possibilité, en cas de litige, de s'adresser aux juridictions de son lieu d'établissement, via les conditions d'utilisation du site Web offert. Clairement, le règlement « Bruxelles I » ne peut fonder ou dénier la compétence de juridictions d'États tiers<sup>30</sup> ; ces dernières peuvent donc se déclarer compétentes, conformément aux conditions d'utilisation. Ainsi, comme le relève le rapport « Schlosser » au sujet de la Convention de Bruxelles, la question se posant est la suivante :

à quelles conditions la clause d'élection de for concernée peut-elle priver la juridiction saisie d'un État membre d'une compétence exclusive ou concurrente établie selon le règlement<sup>31</sup> ? Autrement dit, l'internaute mécontent pourra-t-il malgré tout s'adresser à « son juge » ?

*c. Autonomie limitée*

6. En matière de contrats conclus par les consommateurs, l'objectif poursuivi est de « protéger la partie la plus faible au moyen de règles de compétence plus favorables à ses intérêts que ne le sont les règles générales »<sup>32</sup>. Le consommateur est généralement considéré comme la partie la plus faible économiquement mais aussi, et surtout dirions-nous dans le contexte de l'Internet, contractuellement, eu égard à l'omniprésence des contrats d'adhésion<sup>33</sup> – prédéterminés et non négociables<sup>34</sup>

<sup>26</sup> Selon l'article 60, § 1<sup>er</sup> du règlement « Bruxelles I », les « personnes morales sont domiciliées là où est situé : a) leur siège statutaire ; b) leur administration centrale, ou c) leur principal établissement ».

<sup>27</sup> Google Inc. et Facebook Inc., établies en Californie, peuvent par exemple être citées.

<sup>28</sup> Voy. article 23 du règlement « Bruxelles I ».

<sup>29</sup> Voy. article 2, 1<sup>o</sup> de la loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information, *M.B.*, 17 mars 2003.

<sup>30</sup> Se pose alors la question de l'influence de la compétence sur la reconnaissance du jugement, par exemple, dans l'État dont le droit international privé mène à la compétence de ses propres juridictions. Voy. par exemple en Belgique, article 25, § 1<sup>er</sup>, 7<sup>o</sup> du C.D.I.P., selon lequel une décision judiciaire étrangère n'est ni reconnue ni déclarée exécutoire si les juridictions belges étaient seules compétentes pour connaître de la demande.

<sup>31</sup> P. SCHLOSSER, « Report on the Convention on the Association of the Kingdom of Denmark, Ireland and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland to the Convention on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters and to the Protocol on its interpretation by the Court of Justice (signed at Luxembourg, 9 October 1978) », *J.O.*, C. 59, du 5 mars 1979, « rapport "Schlosser" », n° 176.

<sup>32</sup> Considérant n° 13 du règlement « Bruxelles I ».

<sup>33</sup> La Cour de justice a d'ailleurs à nouveau récemment rappelé, en matière de protection des consommateurs contre les clauses abusives, que « la protection mise en œuvre par la directive 93/13 repose sur l'idée que le consommateur se trouve dans une situation d'infériorité à l'égard du professionnel en ce qui concerne tant le pouvoir de négociation que le niveau d'information, situation qui le conduit à adhérer aux conditions rédigées préalablement par le professionnel, sans pouvoir exercer une influence sur le contenu de celles-ci », C.J.C.E., 6 octobre 2009, *Asturcom Telecomunicaciones SL c. Cristina Rodriguez Nogueira*, C-40/08, *Rec.*, 2009, « affaire "Asturcom" », point 29.

<sup>34</sup> Concernant les dispositions relatives aux contrats d'assurance de la Convention de Bruxelles, la Cour de justice a ainsi déjà affirmé qu'« elles ont été inspirées par un souci de protection de l'assuré, lequel, le plus souvent, se trouve confronté à un contrat prédéterminé dont les clauses ne sont plus négociables et constitue la personne économiquement la plus faible » (italique ajouté par nous), C.J.C.E., 12 mai 2005, *Société financière et indus-*

## DOCTRINE

– en ligne<sup>35</sup>. Cet « objectif de protection de la personne économiquement la plus faible est également garanti par l'encadrement de l'autonomie des parties s'agissant de la prorogation de compétence »<sup>36</sup> ; subsiste en vertu du règlement « Bruxelles I » seulement une « autonomie limitée »<sup>37</sup> (1°).

Il est par ailleurs nécessaire de digresser et de souligner l'incidence que la directive 93/13<sup>38</sup> proscrivant les clauses abusives pourrait avoir en l'espèce. Bien qu'elle ne relève pas en tant que telle du droit international privé, celle-ci, comme le règlement « Bruxelles I », est susceptible de restreindre l'autonomie de la volonté des parties compte tenu des objectifs précités (2°).

1° Règles choisies : articles 16, 17 et 23, § 5 du règlement « Bruxelles I »

7. Pour rencontrer les objectifs précités, l'article 17 du règlement « Bruxelles I » met en

place un régime de protection. Son application nécessite de rencontrer certaines conditions ultérieurement analysées<sup>39</sup>.

8. Le régime protecteur consiste à ne permettre les clauses attributives de juridiction dérogeant à la règle de principe en matière de contrats conclus par les consommateurs qu'uniquement dans certaines hypothèses alternatives. Ainsi, les conventions dérogeant à cette règle doivent, soit être postérieures à la naissance du différend<sup>40</sup>, soit permettre « au consommateur de saisir d'autres tribunaux que ceux indiqués à la [section 4 du règlement « Bruxelles I »]<sup>41</sup> »<sup>42</sup>, soit enfin être conclues à un moment où le consommateur et son cocontractant ont leur domicile ou leur résidence habituelle dans un même État membre, ceux-ci attribuant compétence aux juridictions de cet État membre et la loi de ce dernier le permettant.

*trielle du Peloux c. Axa Belgium et autres*, C-112/03, *Rec.*, 2005, p. I-03707, « affaire "Peloux" », point 30.

<sup>35</sup> S. GUILLEMARD, *op. cit.*, pp. 51-61, l'auteur soulignant, p. 60, que « [l]a faiblesse dans le contrat d'adhésion est objectivement, intimement contractuelle ». A. LOPEZ-TARRUELLA MARTINEZ souligne aussi que le consommateur est la partie contractuellement la plus faible, A. LOPEZ-TARRUELLA MARTINEZ, « International consumer contracts in the new Rome I regulation : how much does the regulation change ? », *R.E.D.C.*, 2007-2008, p. 347.

<sup>36</sup> *Affaire Peloux*, point 31.

<sup>37</sup> Considérant n° 14 du règlement « Bruxelles I ».

<sup>38</sup> Directive (CEE) n° 93/13 du Conseil, du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, *J.O.*, L. 95, du 21 avril 1993, ci-après « directive 93/13 », transposée en droit belge dans la section 2 du chapitre V de la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur, *M.B.*, 29 août 1991, ci-après « L.P.C. ». Sur la question des clauses d'élection de for dans les contrats de consommation, voy. en particulier, C.J.C.E., 27 juin 2000, *Océano Grupo Editorial s.a. c. Rocio Murciano Quitero et Salvat Editores s.a. c. José M. Sanchez Alcon Prades, José Luis Copano Badillo, Mohammed Berroane et Emilio Vinas Feliu*, C-240 à 244/98, *Rec.*, 2000, p. I-04941, « affaire "Océano Grupo" », points 25-29, et B. AÑOVEROS, « Restrictions on Jurisdiction Clauses in Consumer Contracts within the European Union », *R.E.D.C.*, 2004, pp. 77-153.

<sup>39</sup> Voy. *infra*, n°s 29-35 et 36-39.

<sup>40</sup> Le consommateur devra veiller, le cas échéant, à ne pas consentir à une convention attributive de juridiction lors d'une tentative de négociations postérieure au différend, à l'occasion d'une procédure électronique durant laquelle il consentirait à ladite attribution de compétence en cas d'échec des négociations.

<sup>41</sup> I.e. la section consacrant les règles de compétence en matière de contrats conclus par les consommateurs.

<sup>42</sup> Article 17.2 du règlement « Bruxelles I ». Une telle clause donnerait au consommateur la possibilité de saisir d'autres juridictions, outre celles auxquelles il peut s'adresser en vertu de la section 4 du règlement « Bruxelles I ». Voy. A.-M. ROUCHAUD-JOET, « Règles de compétence juridictionnelle en matière de contrats conclus par les consommateurs », colloque sur le règlement du Conseil concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, organisé par l'Académie de droit européen, en coopération avec la Cour de cassation française, les 4 et 5 juillet 2002, disponible sur [http://www.courdecassation.fr/colloques\\_activites\\_formation\\_4/2002\\_2036/rouchaud\\_8371.html?idprec=8359](http://www.courdecassation.fr/colloques_activites_formation_4/2002_2036/rouchaud_8371.html?idprec=8359).

À propos d'une règle similaire en matière de contrats d'assurance, voy. H. GAUDEMET-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe, Règlement n° 44/2001, Conventions de Bruxelles et de Lugano*, Paris, L.G.D.J., 2002, et F. RIGAUX et M. FALLON, *op. cit.*, p. 836.



9. Dans les autres hypothèses, la clause d'élection de for violerait l'article 17 du règlement « Bruxelles I » et serait alors sans effet en application de l'article 23, § 5 dudit règlement, que la (ou les) juridiction(s) élue(s) soi(ent) celle(s) d'un État membre ou d'un État tiers<sup>43</sup>.

La règle de compétence internationale de principe en matière de contrats conclus par les consommateurs s'appliquerait alors. Elle protège à son tour le consommateur. D'une part, elle prévoit qu'il ne peut être attiré par son cocontractant que devant les tribunaux de l'État membre sur le territoire duquel il est domicilié<sup>44</sup>. Et d'autre part, que le consommateur peut, soit porter sa demande devant « le tribunal » – compétence spéciale<sup>45</sup> – du lieu où il est domicilié, soit devant les tribunaux de l'État membre sur le territoire duquel est domicilié son cocontractant<sup>46</sup>.

2° Autres règles : article 23 du règlement « Bruxelles I » et directive 93/13 : annexe, point 1, q)

10. Une convention attributive de juridiction nulle ne serait évidemment pas un obstacle à la compétence d'une juridiction internationalement compétente en vertu de règlement « Bruxelles I ». Par exemple, si l'article 23, § 1<sup>er</sup> est applicable – donc une des parties au moins est domiciliée dans un État membre et le (ou les) tribunal(aux) d'un État membre est (sont) désigné(s) –, et que les règles de forme qu'il prescrit ne sont pas respectées, la clause d'élection de for est opérante.

11. Le jeu de la directive 93/13 pourrait aboutir au même effet en pratique. En vertu de celle-ci, la clause d'élection de for pourrait être considérée comme ne « liant pas » le consommateur<sup>47</sup>. Il est important de signaler d'emblée que l'application de cette directive dépend de son propre champ d'application, et les concepts qu'elle utilise sont susceptibles de recevoir leur propre acception<sup>48</sup>.

12. En outre, il n'est pas ici question de présenter une règle de droit international privé, mais bien une disposition « matérielle » du droit communautaire susceptible d'avoir des répercussions en matière de compétence internationale. Or justement, la Cour de justice a été amenée à considérer comme abusive en

<sup>43</sup> En principe, l'article 23 s'applique lorsqu'une des parties au moins a son domicile sur le territoire d'un État membre et que le (ou les) tribunal(aux) choisi(s) relève(nt) d'un État membre. Il pourrait alors être plaidé que lorsque les tribunaux d'un État tiers sont choisis, l'article 23 ne peut plus être invoqué. Une telle interprétation reviendrait à éluder l'application des règles protectrices du consommateur et doit donc être écartée, voy. en ce sens F. RIGAUX et M. FALLON, *op. cit.*, p. 837. Pour éviter cette difficulté, il serait opportun d'intégrer la règle protectrice directement dans la section 4 du règlement plutôt que de faire référence à l'article 17 dans l'article 23 de ce règlement. D'autant plus que le législateur semble avoir voulu « centraliser » dans cette section les règles de compétence en la matière. Dans les cas où l'interprétation proposée ne serait pas retenue, il faudrait alors se reporter aux règles de droit international privé du for (i.e., le cas échéant, une disposition de droit international privé protégeant les consommateurs face aux clauses attributives de juridiction, comme en droit belge, voy. nos 14 et s.).

<sup>44</sup> Article 16, § 2 du règlement « Bruxelles I ».

<sup>45</sup> Antérieurement, l'article 14, alinéa 1<sup>er</sup> de la Convention de Bruxelles prévoyait que le consommateur pouvait porter sa demande devant « les tribunaux » de l'État de son domicile. Voy. G.A.L. DROZ et H. GAUDEMET-TALLON, *op. cit.*, p. 639. Voy. aussi C. BRUNEAU, *op. cit.*, p. 537.

<sup>46</sup> Article 16, § 1<sup>er</sup> du règlement « Bruxelles I ».

<sup>47</sup> Article 6, § 1<sup>er</sup> de la directive 93/13. Cet article doit être considéré comme une norme équivalente aux règles nationales qui occupent, au sein de l'ordre juridique interne, le rang de normes d'ordre public, aff. *Asturcom*, précité, point 52.

<sup>48</sup> Par exemple, le règlement « Bruxelles I » ne prévoit pas explicitement que le consommateur doit être une personne physique et qu'il doit contracter avec un professionnel, voy. *infra*, nos 30 et 33. Tandis que dans le contexte de la directive 93/13, le consommateur doit être une personne physique et le professionnel est défini, notamment, comme pouvant être une personne publique ou privée, voy. article 2, b) et c) de la directive.



vertu de l'annexe à la directive 93/13<sup>49</sup> – donc automatiquement –, une convention, conclue entre Espagnols, donnant compétence à une juridiction espagnole<sup>50</sup>. Il relèverait à ce propos obligatoirement de l'office du juge d'écarter une clause d'élection de for abusive<sup>51</sup>. Étant entendu que, « le juge national n'est toutefois pas tenu, en vertu de la directive, d'écarter l'application de la clause en cause si le consommateur, après avoir été avisé par ledit juge, entend ne pas en faire valoir le caractère abusif et non contraignant »<sup>52</sup>.

Cette jurisprudence ne peut être lue sans avoir égard à la disposition précitée du règlement

« Bruxelles I », avec laquelle elle est conciliable. Insistons sur certains éléments invoqués à l'appui de la décision de la Cour, à savoir : une clause d'un contrat antérieur à la naissance du litige, pouvant attribuer compétence à un tribunal éloigné du domicile du consommateur – mais là où se situe le siège du professionnel – et relative à tous litiges, dont ceux portant sur des sommes limitées<sup>53</sup>. Ultérieurement, alors que la Cour refusera d'évaluer le caractère abusif ou non d'une clause d'élection de for, laissant cette appréciation au juge du fond, elle précisera que la clause précitée était « à l'avantage exclusif du professionnel et sans contrepartie pour le consommateur, mettant en cause, quel que soit le type de contrat, l'effectivité de la protection juridictionnelle des droits que la directive reconnaît au consommateur [et qu'il] était donc possible de constater le caractère abusif de cette clause sans avoir à examiner toutes les circonstances propres à la conclusion du contrat ni à apprécier les avantages et les désavantages liés à cette clause dans le droit national applicable au contrat »<sup>54</sup>.

13. Le règlement « Bruxelles I », en ce qu'il permet les clauses attributives de juridiction dans les contrats de consommation, conserve donc une effectivité certaine, même si la jurisprudence précitée peut en limiter la portée. Au-delà, cette jurisprudence reste également pertinente dans le cas où le droit international privé d'origine nationale – à désormais envisager – ne prévoirait aucune règle particulière quant aux clauses d'élection de for incluses dans les contrats de consommation.

<sup>49</sup> Point 1, q).

<sup>50</sup> Affaire *Oceano Grupo*, précité.

<sup>51</sup> Affaire *Océano Grupo*, précité, points 25-29 et C.J.C.E., 26 octobre 2006, *Elisa Maria Mostaza Claro c. Centro Movil Milenium SL*, C-168/2005, *Rec.*, 2006, p. I-10421, ci-après « affaire "Centro Movil Milenium" », points 27-28, et point 39 où la Cour souligne même que le juge national est « tenu » d'apprécier d'office le caractère abusif d'une clause. Voy. à ce sujet G. POISSONNIER, « La C.J.C.E. donne au juge national le pouvoir d'appliquer d'office le droit communautaire de la consommation », *R.E.D.C.*, 2007-2008, pp. 131-142. Quand le juge national a la faculté (ou le devoir), selon le droit interne, d'apprécier d'office, lorsqu'il a à connaître de l'exécution forcée d'une sentence arbitrale définitive, la contrariété de la clause d'arbitrage concernée à l'ordre public, il doit apprécier son caractère abusif au regard de la directive 93/13, aff. *Asturcom*, précité, points 53-54 (principe d'équivalence). Si le droit national ne prévoit pas cette faculté (ou ce devoir) (ou encore, le cas échéant, selon nous, s'il ne vise pas spécifiquement le respect des règles transposant la directive 93/13), et que le consommateur en question n'a pas participé à la procédure d'arbitrage et qu'il n'a pas non plus introduit de recours en annulation contre la sentence arbitrale en question (cette dernière devenant définitive et acquérant autorité de chose jugée), « le principe d'effectivité ne saurait aller... jusqu'à exiger qu'une juridiction nationale doive non seulement compenser une omission procédurale d'un consommateur ignorant ses droits,... mais également suppléer intégralement à la passivité totale du consommateur concerné », aff. *Asturcom*, précité, point 47.

<sup>52</sup> C.J.C.E., 4 juin 2009, *Pannon GSM Zrt. c. Erzsébet Sustikné Györfi*, C-243/2008, *Rec.*, 2009, point 31.

<sup>53</sup> Affaire *Oceano Grupo*, précité, point 22.

<sup>54</sup> C.J.C.E., 1<sup>er</sup> avril 2004, *Freiburger Kommunalbauten GmbH Baugesellschaft & Co. KG c. Ludger Hofstetter et Ulrike Hofstetter*, C-237/02, *Rec.*, 2004, p. I-03403, point 23.

## 2. Droit belge

14. Lorsqu'il n'est pas satisfait au rattachement communautaire exigé par le règlement « Bruxelles I », et à défaut de Convention internationale applicable, le juge belge doit se reporter au C.D.I.P. Il en serait par exemple ainsi dans l'hypothèse d'un internaute confronté à un cocontractant établi en Chine et ne disposant d'aucun établissement sur le territoire communautaire. Comme le droit international privé communautaire, le C.D.I.P. permet que les parties choisissent le juge amené à trancher les litiges nés ou à naître les opposant<sup>55</sup>.

15. Cette faculté est toutefois limitée en matière de consommation<sup>56</sup>, et moyennant la réunion de certaines circonstances, à nouveau évoquées ultérieurement<sup>57</sup>. Ces dernières rencontrées, une « convention attributive de compétence internationale ne produit ses effets à l'égard du travailleur ou du consommateur que si elle est postérieure à la naissance du différend »<sup>58</sup>. Le droit belge laisse ainsi moins d'alternatives que le règlement « Bruxelles I ». Sur la base du C.D.I.P., pourront alors être aisément déclarées inopposables<sup>59</sup> les clauses d'élection de for prévues dans les conditions d'utilisation de sites Web.

Il s'agira ensuite d'appliquer les règles de compétences consacrées en matière de consommation qui, dans certaines hypothèses développées ultérieurement<sup>60</sup>, permettent au juge belge d'être compétent pour accueillir la demande du consommateur résidant habituel-

lement en Belgique<sup>61</sup>, garantissant ainsi une certaine protection.

## B. Droit applicable

16. Si la Convention de Rome est toujours en vigueur, le règlement « Rome I », en ce qui concerne la quasi-totalité de ses dispositions, s'appliquera à partir du 17 décembre 2009<sup>62</sup>. Il constitue le texte de départ des présents développements.

Dans des situations comportant un conflit de lois, il s'applique aux obligations contractuelles relevant de la « matière civile et commerciale »<sup>63</sup>. Comme la Convention de Rome, il présente un caractère universel ; la loi qu'il désigne « s'applique même si [elle] n'est pas celle d'un État membre »<sup>64</sup> ; il concerne « tout contrat pourvu d'un élément d'extranéité quelconque »<sup>65</sup>, dès qu'une juridiction d'un État membre est saisie.

Par ailleurs, il est soutenable de considérer en droit belge que, si la situation soumise au juge est exclue du champ d'application de ce règlement, les règles que ce dernier consacre s'appliqueront, en principe, quand même, en vertu du C.D.I.P.<sup>66</sup>.

<sup>55</sup> Voy. articles 6 et 7 du C.D.I.P.

<sup>56</sup> Voy. article 97 du C.D.I.P.

<sup>57</sup> Voy. nos 59-64.

<sup>58</sup> Article 97, § 3 du C.D.I.P.

<sup>59</sup> Proposition de loi portant le Code de droit international privé, développements, *Doc. parl.*, Sénat, sess. extraord. 2003, n° 3-27/1, p. 123.

<sup>60</sup> Voy. *infra*, nos 29-39 et 50-59.

<sup>61</sup> Alors que la Convention de Bruxelles et le règlement « Bruxelles I » requièrent que le consommateur soit domicilié dans l'État dont les juridictions sont compétentes.

<sup>62</sup> Selon son article 29, alinéa 2, ce règlement sera applicable, pour la quasi-totalité de ses règles, à partir du 17 décembre 2009.

<sup>63</sup> Article 1<sup>er</sup>, § 1<sup>er</sup> du règlement « Rome I ».

<sup>64</sup> Article 2 du règlement « Rome I ». Voy. aussi article 2 de la Convention de Rome.

<sup>65</sup> M. FALLON et J. MEEUSEN, « Le commerce électronique, la directive 2000/31/CE et le droit international privé », *Rev. crit. DIP*, 2002, p. 439, les auteurs se prononçant quant à la Convention de Bruxelles.

<sup>66</sup> L'article 98, § 1<sup>er</sup> du C.D.I.P. stipule que le « droit applicable aux obligations contractuelles est déterminé par la Convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles, conclue à Rome le 19 juin 1980. Hormis les cas où la loi en dispose autrement, les obligations contractuelles que cette convention

Il est donc peu nécessaire, pour les besoins du présent propos, de distinguer l'exposé en fonction des dispositions du règlement « Rome I » et du C.D.I.P. À nouveau, l'autonomie des volontés des parties est consacrée (1.), sous réserve de certaines limites (2.).

## 1. Autonomie des volontés – Clause de choix de loi

17. À l'instar de la Convention de Rome, le règlement « Rome I » consacre le prolongement de l'autonomie des volontés en matière de droit applicable, à savoir le pouvoir des cocontractants de choisir la loi régissant la convention les liant, pour autant que leur choix soit certain<sup>67</sup> ; la « liberté des parties de choisir le droit applicable devrait constituer l'une des pierres angulaires du système de règles de conflit de lois en matière d'obligations contractuelles »<sup>68</sup>. Faut-il le préciser, dans le cadre des contrats d'adhésion offerts en ligne, il n'est par rare que le fournisseur du bien ou service en

cause revendique contractuellement l'applicabilité du droit auquel il est familier.

## 2. Limites à l'autonomie des volontés

Des limites à l'autonomie des volontés des parties sont à la fois consacrées dans le règlement « Rome I » (a.), mais il ne peut être ignoré que, de façon spécifique, des règles particulières de directives portant des dispositions « matérielles » ont une incidence directe quant aux conflits de lois (b.).

### a. Règle choisie : article 6 du règlement « Rome I »

18. La Convention de Rome et le règlement « Rome I » contiennent des dispositions spécifiques relatives aux contrats de consommation et aux « dispositions impératives » protectrices du consommateur. Ces règles sont certes rédigées en des termes différents<sup>69</sup>. Pour leur application, certaines conditions doivent être rencontrées. Elles sont analysées ultérieurement<sup>70</sup>.

19. Comme en matière de compétence internationale, l'objectif poursuivi par le règlement « Rome I » est que « les parties considérées comme plus faibles », en l'espèce les consommateurs, bénéficient de « règles de conflit de lois plus favorables à leurs intérêts que ne le sont les règles générales »<sup>71</sup>. On ne perdra pas de vue que l'applicabilité des règles protectrices ne mène pas nécessairement à la disposition « matérielle » la plus favorable pour le consommateur<sup>72</sup>. Il faut que le consommateur, objet d'initiatives de son cocontractant aux fins de la conclusion d'un contrat, puisse être protégé par la protection qu'il peut légitime-

exclut de son domaine d'application sont régies par le droit applicable en vertu de ses articles 3 à 14 ». À première vue, l'absence de référence au règlement paraît sans incidence. L'article 24.2, traitant la relation du règlement avec la Convention de Rome, dispose en effet que dans la mesure où le présent règlement remplace entre les États membres les dispositions de la Convention de Rome, toute référence faite à celle-ci s'entend comme faite au présent règlement. Toutefois, cette disposition pourrait se limiter aux références à la Convention de Rome dans des textes du droit communautaire et pas dans le droit national. L'article 98 du C.D.I.P. perdrait alors son effectivité dès l'entrée en vigueur du règlement « Rome I », puisqu'il se référerait – s'il reste en l'état – à un texte dénué de pertinence sur le plan communautaire. Une solution serait de lire cette disposition comme renvoyant à l'équivalent des articles 3 à 14 de la Convention de Rome dans le règlement « Rome I », successeur de cette Convention auquel ferait alors référence le C.D.I.P. Une telle interprétation ne correspond toutefois pas à la lettre de l'article 98 du C.D.I.P. et n'est pas sans danger. Par conséquent, il est nécessaire de modifier l'article 98.

<sup>67</sup> Voy. article 3, § 1<sup>er</sup> de la Convention de Rome et du règlement « Rome I ».

<sup>68</sup> Considérant n° 11 du règlement « Rome I ».

<sup>69</sup> Voy. article 6 du règlement « Rome I » et l'article 5 de la Convention de Rome. Voy. le titre II. quant à certaines de ces différences.

<sup>70</sup> Voy. *infra*, n°s 36-39 et 50-59.

<sup>71</sup> Voy. le considérant n° 23 du règlement « Rome I ».

<sup>72</sup> Voy. *infra*, n° 22.

ment croire être de mise<sup>73</sup> ; la « partie faible [...] ne doit pas risquer, dans une relation transnationale, d'être soumise à un droit qu'elle ignore »<sup>74</sup>.

20. Dans ce contexte, le consommateur est susceptible d'être protégé par certaines dispositions du droit de l'État de sa résidence habituelle<sup>75</sup>. Ainsi, le choix de loi dans un contrat de consommation ne peut priver le consommateur de la protection que lui assurent les « dispositions auxquelles il ne peut être dérogé par accord » – les « dispositions impératives » selon la Convention de Rome –, en vertu de la loi du pays où il a sa résidence habituelle, lorsque celle-ci serait applicable à défaut de choix de loi<sup>76</sup>. Autrement dit, lorsque les circonstances analysées plus loin<sup>77</sup> sont recon-

pourra toujours se prévaloir de la loi d'autonomie si elle lui est plus favorable<sup>78</sup>.

21. Comme en matière de compétence, la règle applicable à défaut de choix des parties est définie spécifiquement pour satisfaire les objectifs précités, et se distingue du droit commun en imposant l'application de la loi de l'État de résidence habituelle du consommateur.

Pour les contrats qui ne sont pas conclus dans le champ de l'article 6 du règlement « Rome I » et qui ne bénéficient donc pas de cette disposition, les règles de droit commun – articles 3 et 4 du règlement – sont applicables. Et disons, pour simplifier le propos, que « [c]es dernières aboutiront presque toujours à l'application de la loi de résidence du professionnel »<sup>79</sup>.

22. A. Sinay-Cytermann écrit, quant à l'application du droit de l'État de résidence habituelle du consommateur, que cette « solution s'appuie sur le principe du respect des attentes légitimes des parties » ; « [l]a loi de la résidence habituelle du consommateur n'est pas compétente parce qu'elle est la plus favorable au consommateur mais parce qu'elle est prévisible pour le consommateur »<sup>80</sup>. Ce qui pourrait être considéré comme un paradoxe, certes atténué par l'harmonisation, particulièrement dans le contexte européen. « [L']attente de chacune des parties est respectée »<sup>81</sup> ; la loi de la résidence habituelle du consommateur est celle à laquelle il est le plus familier et qu'il s'attend à voir appliquer aux contrats qu'il conclut<sup>82</sup>. Ajoutons qu'elle est aussi celle que connaissent

<sup>73</sup> Voy. Cass. (fr.), 12 juillet 2005, et note de A. SINAY-CYTERMANN, *J.D.I.*, 2006, pp. 989-990.

<sup>74</sup> S. GUILLEMARD, *op. cit.*, pp. 7-61, p. 25.

<sup>75</sup> En matière de compétence, il était question de domicile et cela pourrait avoir une incidence, certes limitée. En effet, pour apprécier si une partie est domiciliée sur le territoire d'un État membre, il faut appliquer le droit de cet État (article 52 de la Convention de Bruxelles et article 59 du règlement « Bruxelles I »). Or les législations nationales sont susceptibles de différer à ce sujet de telle sorte qu'un même consommateur pourrait avoir un domicile différent selon le droit applicable. Tandis que la notion de « résidence habituelle » doit recevoir une interprétation uniforme, en tenant compte du caractère international des règles en cause et de l'opportunité de parvenir à l'uniformité dans la façon dont elles sont interprétées et appliquées (article 18 de la Convention de Rome). Par ailleurs, le règlement « Rome I » apporte des précisions quant à la résidence habituelle d'une société, d'une association, d'une personne morale et d'une personne physique agissant dans l'exercice de son activité professionnelle (article 19, § 1<sup>er</sup>). Il vise aussi spécifiquement l'hypothèse de la succursale, de l'agence et de tout autre établissement (article 19, § 2). Enfin, il met en place une règle de conflit mobile (article 19, § 3).

<sup>76</sup> Voy. article 6, § 2 du règlement « Rome I » et article 5, § 2 de la Convention de Rome.

<sup>77</sup> Voy. *infra*, n°s 36-39 et 50-59.

<sup>78</sup> Voy. A. LOPEZ-TARRUELLA MARTINEZ, *op. cit.*, pp. 363-364, à propos de certaines difficultés à ce sujet.

<sup>79</sup> H. KENFACK, « Le règlement (CE) n° 593/2008 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles ("Rome I"), navire stable aux instruments efficaces de navigation ? », *J.D.I.*, 2009, p. 33.

<sup>80</sup> A. SINAY-CYTERMANN, *op. cit.*, pp. 989-990.

<sup>81</sup> P. REMY-CORLAY, « Contrats à distance et conflits de lois », *R.E.D.C.*, 2004, p. 22, au sujet de la Convention de Rome.

<sup>82</sup> A. LOPEZ-TARRUELLA MARTINEZ, *op. cit.*, p. 360.

en principe le mieux les associations de protection des consommateurs qui, partant, peuvent accomplir leurs missions de manière optimale, en « terrain connu ».

23. Dans ce contexte, il est donc possible, pour reprendre les termes de la Commission, qu'un « dépeçage » du contrat selon les lois impératives de l'État de résidence habituelle du consommateur et la loi choisie soit imposé. Pour l'éviter, la Commission avait à l'origine préféré exclure l'autonomie des volontés et imposer systématiquement l'application de la loi de l'État de résidence habituelle du consommateur<sup>83</sup>. Elle prévoyait alors une « clause de sauvegarde » protégeant le professionnel<sup>84</sup>. Elle considérait qu'une telle solution était « équitable eu égard à la réalité économique : tandis qu'un consommateur n'effectue des achats transfrontières qu'à titre occasionnel, la majorité des professionnels pratiquant le commerce transfrontière peuvent répartir les coûts liés à l'étude d'un autre droit sur un grand nombre d'opérations »<sup>85</sup>.

24. En synthèse, afin de déterminer dans quelle mesure le choix de loi pourrait voir son effectivité être réduite, il faut mener une double réflexion. D'une part, il s'agit d'observer dans quelles circonstances le règlement « Rome I »

et la Convention de Rome prescrivent l'application de la loi de la résidence habituelle du consommateur en l'absence de choix de loi. Il faut alors analyser s'il est satisfait aux conditions d'application de ces règles<sup>86</sup>. Et d'autre part, il faut encore identifier quelles sont les dispositions du droit pertinent auxquelles il ne peut être dérogé par accord, cette dernière problématique n'étant pas étudiée.

### b. Autres règles

25. D'autres règles, non approfondies en l'espace, limitent l'autonomie des volontés des parties en matière de choix de loi. Il s'agit parfois d'éviter que l'on échappe aux règles indérogeables par contrat d'un État lorsque « tous les autres éléments de la situation », excepté ledit choix de loi, « sont localisés, au moment de ce choix » dans cet État<sup>87</sup>. Ou encore, une place est réservée à l'application des « lois de police »<sup>88</sup> du for<sup>89</sup>, voire d'un autre

<sup>86</sup> Voy. *infra*, nos 36-39 et 50-59.

<sup>87</sup> Article 3, § 3 du règlement « Rome I ». Voy. aussi le § 4 du même article visant l'hypothèse où tous les autres éléments de la situation sont cette fois localisés dans un ou plusieurs États membres. Le choix de la loi ne peut alors faire obstacle à l'application des « dispositions du droit communautaire auxquelles il n'est pas permis de déroger par accord, et telles que mises en œuvre par l'État membre du for ». La Convention de Rome quant à elle ne vise que l'hypothèse où tous les autres éléments de la situation sont localisés sur le territoire d'« un seul pays ». Elle qualifie par ailleurs les dispositions réglementaires de ce pays auxquelles il ne peut être dérogé par contrat de « dispositions impératives ».

<sup>88</sup> Au sujet des notions de « règles impératives », « lois de police » et « exception d'ordre public », voy. S. FRANCO, « Le règlement « Rome I » sur la loi applicable aux obligations contractuelles », *J.D.I.*, 2009, pp. 41-69.

<sup>89</sup> Article 9, § 2 du règlement « Rome I ». L'article 9, § 1<sup>er</sup> de ce règlement définit par ailleurs ce qu'est une loi de police. Voy. aussi article 7, § 2 de la Convention de Rome. Sur les relations entre lois de police et les dispositions protectrices des consommateurs, voy. O. BOSKOVIC, « La protection de la partie faible dans le règlement Rome I », *Rec. D.*, 2008, p. 2178.

<sup>83</sup> Respectant ainsi les objectifs du Traité C.E. exigeant un haut niveau de protection du consommateur. Voy. proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I), COM (2005) 650 final, exposé des motifs, « proposition de règlement « Rome I » », p. 6.

<sup>84</sup> L'article 5 proposé prévoyait en son § 1<sup>er</sup> l'application de la loi de la résidence habituelle du consommateur aux conditions du § 2 : « Le paragraphe premier s'applique [...], à moins que le professionnel n'ignorait le lieu de la résidence habituelle du consommateur et que cette ignorance n'était pas imputable à une imprudence de sa part ». Voy. à ce sujet P. LAGARDE, « Remarques sur la proposition de règlement de la Commission européenne sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I) », *Rev. crit. DIP*, 2006, pp. 340-342.

<sup>85</sup> Proposition de règlement « Rome I », *op. cit.*

État selon certaines conditions<sup>90</sup>, tout comme le mécanisme de l'exception d'ordre public peut aussi jouer<sup>91</sup>. Dans un autre ordre d'idées, une partie à une convention pourra, dans certaines circonstances, pour établir qu'elle n'a pas consenti, « se référer à la loi du pays dans lequel elle a sa résidence habituelle », malgré le choix de loi<sup>92</sup>.

26. Aussi, certaines dispositions de directives consacrant des règles « matérielles » limitent le choix du droit d'un État tiers. Par exemple, en matière de clauses abusives, « [l]es États membres prennent les mesures nécessaires pour que le consommateur ne soit pas privé de la protection accordée par la présente directive du fait du choix du droit d'un pays tiers comme droit applicable au contrat, lorsque le contrat présente un lien étroit avec le territoire des États membres »<sup>93</sup>. Il en est de même

lorsque le consommateur contracte exclusivement via l'Internet, concluant ainsi un contrat à distance<sup>94</sup>, les dispositions le protégeant ne peuvent être éludées par le choix de la loi d'un État tiers. « Il est évident que de telles dispositions, quand bien même on ne les analyse pas en règles de conflit, touchent le droit international privé puisqu'elles limitent le jeu de la règle de conflit ordinaire »<sup>95 96</sup>, « affectant le conflit de lois »<sup>97</sup>.

### C. Conclusion

En bref, la protection garantie au consommateur en matière de compétence internationale consiste tantôt à permettre à celui-ci de saisir les tribunaux de l'État de son domicile (voire d'un tribunal du lieu de son domicile) – C.D.I.P.<sup>98</sup> et règlement « Bruxelles I »<sup>99</sup> –, tantôt à empêcher qu'il puisse être attiré devant un autre tribunal (d'un État membre) – règlement « Bruxelles I ». Dans ce contexte, les clauses d'élection de for ne sont que marginalement permises, principalement lorsqu'elles sont conclues après la naissance du différend. En outre, elles peuvent, dans certains cas, être considérées comme abusives au sens de la directive 93/13.

<sup>90</sup> Article 9, § 3 du règlement « Rome I » et article 7, § 1<sup>er</sup> de la Convention de Rome. Les textes ne sont cependant pas rédigés de la même façon.

<sup>91</sup> Article 21 du règlement « Rome I » et article 16 de la Convention de Rome.

<sup>92</sup> Article 10, §§ 2 et 3, § 5 du règlement « Rome I », ainsi que article 8, §§ 2 et 3, § 4 de la Convention de Rome. Cette disposition peut être lue comme une protection du destinataire d'une offre de contracter contre la loi applicable au contrat et présente un intérêt particulier quant à la question de savoir si le silence d'une partie peut l'engager contractuellement, voy. not. P. MAYER, *Droit international privé*, Paris, éd. Montchrestien, E.J.A., 1998, p. 476, et G. VAN HECKE, note sous Cass., 21 février 1975, « La loi applicable à l'échange des consentements », *R.C.J.B.*, 1976, pp. 9-10. Voy. par ailleurs F. RIGAUX et M. FALLON, *op. cit.*, p. 811. Plus largement, cette disposition présente un intérêt, en l'espèce dans l'environnement numérique, si la loi déclarée applicable reconnaît certains faits comme constituant l'expression valable du consentement du consommateur concerné, alors que tel ne serait pas le cas selon la loi de son pays de résidence habituelle. Voy. A. LOPEZ-TARRUELLA MARTINEZ, *op. cit.*, pp. 370-371.

<sup>93</sup> Article 6, § 2 de la directive 93/13, voy. à ce propos M. FALLON, « Le droit applicable aux clauses abusives après la transposition de la directive n° 93/13 du 5 avril 1993 », *R.E.D.C.*, 1996, pp. 3-27. Voy. aussi C.J.C.E., 9 septembre 2004, *Commission des Communautés c. Royaume d'Espagne*, C-70/03, *Rec.*, 2004, p. I-07999.

<sup>94</sup> Voy. article 12, § 2 de la directive (CE) n° 97/7 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 1997, concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance, *J.O. L.* 144, du 4 juin 1997 (transposée en droit belge dans la L.P.C.). Voy. article 2, 1° pour la définition du contrat à distance. L'internaute conclut par exemple un tel contrat lorsqu'il achète des biens en ligne, s'inscrit à un réseau social, etc.

<sup>95</sup> P. REMY-CORLAY, *op. cit.*, p. 15. L'auteur cite par ailleurs d'autres directives prévoyant de telles dispositions à la note de bas de page n° 12. Voy. encore à ce propos, A. LOPEZ-TARRUELLA MARTINEZ, *op. cit.*, pp. 375-383.

<sup>96</sup> À cet égard, les articles 20 de la Convention de Rome et 23 du règlement « Rome I » consacrent la primauté (sauf en matière de contrats d'assurance pour le règlement « Rome I ») des dispositions particulières de droit communautaire réglant les conflits de lois en matière contractuelle.

<sup>97</sup> M. FALLON et J. MEEUSEN, *op. cit.*, p. 443.

<sup>98</sup> Article 97 du C.D.I.P.

<sup>99</sup> Article 16 du règlement « Bruxelles I ».



En matière de droit applicable, la protection du consommateur consiste principalement à imposer l'application de la loi de l'État où il réside habituellement, et, en cas de choix de loi, à lui garantir l'applicabilité des dispositions de ladite loi auxquelles il ne peut être dérogé par convention.

Cependant, l'applicabilité de ces règles protectrices est conditionnée par la réunion de certaines circonstances qu'il est désormais nécessaire d'étudier. À ce sujet, la réflexion est limitée, pour des raisons de place, aux règles précédemment choisies.

## II. CIRCONSTANCES D'APPLICATION DES RÈGLES CHOISIES

Le présent titre met en évidence une situation dans laquelle les règles protectrices mentionnées ci-dessus *peuvent* s'appliquer en même temps en raison des similitudes de leurs champs d'application. Autrement dit, certaines situations permettent, d'une part, au consommateur de saisir le tribunal de son lieu de domicile et, d'autre part, à cette juridiction d'appliquer la *lex fori* ou, en cas de choix de loi, les dispositions impératives de cette *lex fori* protégeant le consommateur. Sur certains points, les instruments communautaires relatifs à la compétence et au droit applicable sont alignés.

Comme explicité plus haut, selon la présence ou non du rattachement communautaire requis, le droit international privé d'origine communautaire (A) ou d'origine nationale (B) s'applique.

### A. Droit communautaire

Qu'il s'agisse des règles portant sur la compétence internationale ou sur le droit applicable, leur applicabilité nécessite systématiquement la rencontre de deux groupes de conditions. Il faut, d'une part, un contrat conclu par un consommateur (2.) et, d'autre part, un certain compor-

tement du cocontractant du consommateur, voire parfois du consommateur également (3.). Ces questions étant susceptibles de causer des difficultés d'interprétation, les directives d'interprétation à respecter son d'abord rappelées (1.).

### 1. Interprétation autonome

27. « Ainsi que la Cour l'a itérativement jugé, les notions employées par la Convention de Bruxelles [...] doivent être interprétées de façon autonome<sup>100</sup>, en se référant principalement au système et aux objectifs de ladite convention<sup>101</sup>, en vue d'assurer l'application uniforme de celles-ci dans tous les États contractants »<sup>102</sup>. Les objectifs précédemment exposés lors de la présentation des règles choisies doivent donc bien entendu être pris en compte à ce stade de la réflexion.

La jurisprudence de la Cour commande d'interpréter *strictement* les dispositions protectrices du consommateur, dès lors qu'il faut tenir compte de leur statut de régime dérogatoire<sup>103</sup>,

<sup>100</sup> Voy. à ce sujet M. Audit, « L'interprétation autonome du droit international privé communautaire », *J.D.I.*, 2004, pp. 789-816.

<sup>101</sup> Voy. aussi en ce sens l'affaire *Peloux*, point 36.

<sup>102</sup> C.J.C.E., 20 janvier 2005, *Petra Engler c. Janus Versand GmbH*, C-27/02, *Rec.*, 2005, p. I-00481, ci-après « affaire "Petra Engler" », point 33.

<sup>103</sup> Voy., le cas échéant sous l'empire de la Convention de Bruxelles, C.J.C.E., 21 juin 1978, *Bertrand c. Paul Ott KG*, 150/77, *Rec.*, 1978, p. 01431, « affaire "Bertrand" », point 17 ; C.J.C.E., 19 janvier 1993, *Shearson Lehmann Hutton Inc. c. TVB Treuhandgesellschaft für Vermögensverwaltung und Beteiligungen mbH*, C-89/91, *Rec.*, 1993, p. I-00139 ; C.J.C.E., 3 juillet 1997, *Francesco Benincasa c. Dentalkit Srl*, C-269/95, *Rec.*, 1997, p. I-03767 ; « affaire "Dentalkit" », point 13, « les règles de compétence dérogatoires [...] ne sauraient donner lieu à une interprétation allant au-delà des hypothèses envisagées par la convention ». Ultérieurement, la Cour a à nouveau rappelé le caractère dérogatoire dudit régime dans C.J.C.E., 20 janvier 2005, *Johann Gruber c. Bay WaAG*, C-464/01, *Rec.*, 2005, p. I-00439, « affaire "Gruber" », toujours au sujet de la notion de consommateur, et de manière générale, dans l'affaire *Petra Engler*. La Cour a aussi préconisé la stricte



et pas *restrictivement*<sup>104</sup> comme le laissent entendre les affaires *Dentalkit*<sup>105</sup> et *Bertrand*<sup>106</sup>. Confirmant sa jurisprudence ultérieurement, la Cour préconise l'interprétation stricte du régime concerné<sup>107</sup>, ce qui correspond aussi à la pratique des États membres<sup>108</sup>.

28. Cette méthode d'interprétation, stricte et téléologique, est en l'espèce utilisée tant en matière de compétence internationale (Convention de Bruxelles et règlement « Bruxelles I ») que de droit applicable (Convention de Rome et règlement « Rome I »).

## 2. Un contrat conclu par un consommateur

Logiquement, la règle choisie en compétence internationale est d'abord étudiée (a.), celle relative au droit applicable l'est ensuite (b.).

### a. Article 15, §§ 1<sup>er</sup> et 3 du règlement « Bruxelles I »

29. L'application de l'article 15, §§ 1<sup>er</sup> et 3 du règlement « Bruxelles I » nécessite qu'un consommateur (1°) conclue un contrat avec un professionnel (2°).

#### 1° Un consommateur

30. Le règlement « Bruxelles I » exige la présence d'un « contrat conclu par une personne, le *consommateur*, pour un usage pouvant être considéré comme étranger à son activité professionnelle »<sup>109</sup> (italique ajouté par nous). Bien que la pertinence du concept de consommateur puisse être discutée ; des raisons plaident pour une protection dès qu'une partie supérieure à une autre ou plus expérimentée que celle-ci arriverait à « obliger son partenaire de façon déraisonnable », quelle que soit la qualité des parties<sup>110</sup>.

Ledit concept, notion autonome de droit communautaire<sup>111</sup> à interpréter strictement, a été étudié par la Cour de justice, notamment dans l'affaire *Dentalkit* (Convention de Bruxelles). Est visé « le consommateur final privé, non engagé dans des activités commerciales ou professionnelles »<sup>112</sup> ; « [l]a protection particulière voulue [...] ne se justifie pas en cas de contrats ayant comme but une activité professionnelle, fût-elle prévue pour l'avenir,

interprétation en matière d'assurances, affaire *Peloux*, point 31, au sujet de la Convention de Bruxelles.

<sup>104</sup> Comme le relève P. DELNOY : « L'interprétation stricte constitue le point de référence permettant de définir les deux autres interprétations ; c'est celle qui donne aux concepts l'extension qu'ils ont dans leur acception commune [...] tandis que "[l']interprétation restrictive est celle à la suite de laquelle moins de faits sont visés par la loi que lorsqu'elle est interprétée strictement" ». P. DELNOY, *Éléments de méthodologie juridique*, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 199.

<sup>105</sup> L'affaire *Dentalkit* précisait que la notion de consommateur devait recevoir une interprétation « restrictive ». Les différentes traductions du texte prétaient toutefois à confusion à cet égard..

<sup>106</sup> Affaire *Bertrand*, point 21.

<sup>107</sup> Voy. l'affaire *Petra Engler*, point 43.

<sup>108</sup> Selon le rapport « Hess Pfeiffer Schlosser », « the national reporters state that the concept of consumer has been applied "strictly". This means, that recourse to this exception to the general rule actor sequitur forum rei must not be extended to what is not necessary for the protection of the consumer as the weaker party », B. HESS, T. PFEIFFER et P. SCHLOSSER, « Report on the Application of Regulation Brussels I in the Member States », septembre 2007, ci-après « rapport « Hess Pfeiffer Schlosser », disponible sur [http://ec.europa.eu/justice\\_home/doc\\_centre/civil/studies/doc/study\\_application\\_brussels\\_1\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice_home/doc_centre/civil/studies/doc/study_application_brussels_1_en.pdf), pp. 144-145.

<sup>109</sup> Article 15, § 1<sup>er</sup> du règlement « Bruxelles I ».

<sup>110</sup> S. GUILLEMARD, *op. cit.*, pp. 7-61. L'auteur souligne notamment qu'il y a des petits commerçants plus faibles, sur l'Internet, qui devraient pouvoir jouir d'une certaine protection (pp. 36-37). D'ailleurs, ne pourrait-on pas soutenir que la conclusion d'un contrat par le biais de l'Internet – ou plus généralement, à distance – déséquilibre en soi la relation entre cocontractants ?

<sup>111</sup> À interpréter conformément à la jurisprudence de la Cour de justice. Pour un aperçu de la jurisprudence de la Cour concernant la notion de consommateur, voy. le rapport « Hess Pfeiffer Schlosser », pp. 139-144.

<sup>112</sup> Affaire *Dentalkit*, point 15. Voy. encore en ce sens les affaires *Bertrand*, point 21, *Rudolf Gabriel*, point 39, et *Petra Engler*, point 34.

étant donné que le caractère futur d'une activité n'enlève rien à sa nature professionnelle»<sup>113</sup>.

Bien que le règlement « Bruxelles I » ne le prévoit pas explicitement, le consommateur visé serait plutôt le consommateur personne physique eu égard aux termes utilisés par la Cour<sup>114</sup>. Alors qu'il pourrait être plaidé, dans certains cas, pour qu'une personne morale puisse également être considérée comme un consommateur<sup>115</sup>. Et par ailleurs, pour que jouent les règles protectrices, ce consommateur doit être personnellement partie à l'action<sup>116</sup>.

31. Pour conclure à la qualité de consommateur, « il y a lieu de se référer à la position de cette personne dans un contrat déterminé, en rapport avec la nature et la finalité de celui-ci, et non pas à la situation subjective de cette même personne [...] une seule et même personne peut être considérée comme un consommateur dans le cadre de certaines opérations et un opérateur économique dans le cadre d'autres opérations »<sup>117</sup>.

Concrètement, le juge national doit d'abord observer si les éléments objectifs du cas lui étant soumis démontrent que le contrat répond de façon non négligeable à des besoins relevant de l'activité professionnelle de la personne concernée. Si tel est le cas, les règles de compétence propres aux contrats conclus par les consommateurs ne s'appliquent pas<sup>118</sup>. Sinon, le contrat doit en principe être considéré comme impliquant un consom-

mateur<sup>119</sup>. La Cour souligne toutefois que « la juridiction saisie devra, dans ce dernier cas de figure, vérifier en outre si l'autre partie au contrat ne pouvait pas légitimement ignorer la finalité extraprofessionnelle de l'opération en raison du fait que le prétendu consommateur aurait en réalité, par son propre comportement à l'égard de son futur cocontractant, donné l'impression à ce dernier qu'il agissait à des fins professionnelles »<sup>120</sup>.

Dans le contexte des réseaux sociaux par exemple, l'internaute inscrit sur le site LinkedIn devrait en principe poursuivre une finalité professionnelle et donc ne pas être considéré comme un consommateur au sens strict de la jurisprudence de la Cour de justice ; cette finalité est explicitée dans les conditions générales d'utilisation du site<sup>121</sup>. La société LinkedIn peut légitimement ignorer que la finalité du service qu'elle offre est détournée. De la même façon que la société Facebook peut ignorer que son utilisateur agit à des fins privées lorsqu'il a créé un *business account*. Et il en est ainsi de manière générale lorsqu'un site Web est destiné visiblement et réellement à un public professionnel quel qu'il soit, ou lorsque l'accès utilisé par l'internaute est réservé aux professionnels. Dans toutes ces hypothèses, on pourrait soutenir que le consommateur a, par son comportement – la visite d'un site destiné aux professionnels –, renversé la *présomption* de sa faiblesse et de son besoin de protection.

<sup>113</sup> Affaire *Dentalkit*, point 17.

<sup>114</sup> « [B]esoins de consommation privée d'un individu », « consumptiebehoeften van een persoon als particulier », « consumo privato di un individuo » « an individual's own needs in terms of private consumption », affaire *Dentalkit*, point 17.

<sup>115</sup> Voy. S. GUILLEMARD, *op. cit.*, pp. 13-14.

<sup>116</sup> Affaire *Rudolf Gabriel*, point 39.

<sup>117</sup> Affaire *Dentalkit*, point 16.

<sup>118</sup> Affaire *Gruber*, point 49.

<sup>119</sup> Affaire *Gruber*, point 50.

<sup>120</sup> Affaire *Gruber*, point 51.

<sup>121</sup> « LinkedIn a pour objet de fournir un service pour faciliter du réseautage professionnel entre les utilisateurs partout dans le monde. Le site est destiné à permettre aux utilisateurs à se connecter uniquement à d'autres utilisateurs qu'ils connaissent au moment de la connexion et à approfondir leurs relations professionnelles avec ces utilisateurs », [http://www.linkedin.com/static?key=user\\_agreement&trk=hb\\_ft\\_userag](http://www.linkedin.com/static?key=user_agreement&trk=hb_ft_userag), consulté le 1<sup>er</sup> octobre 2009.

32. Il est enfin intéressant de relever la jurisprudence nationale évoquée par le rapport « Hess Pfeiffer Schlosser » portant sur l'application du règlement « Bruxelles I »<sup>122</sup>. Elle démontre la difficulté de définir la notion de consommateur. Le rapport relève qu'il a été jugé en Allemagne que le directeur d'une *GmbH* pouvait être protégé, alors que dans une autre hypothèse, tel ne fut pas le cas de l'actionnaire unique d'une société. Il stipule par ailleurs que d'autres juridictions ont jugé que « a minor economic impact of a hobby activity, such as for example breeding horses », n'excluait pas la protection en tant que consommateur.

## 2° Un contrat conclu avec un professionnel

33. L'article 15 du règlement « Bruxelles I » requiert expressément qu'un contrat ait été conclu par le consommateur<sup>123</sup>. Mais le règlement ne précise pas que le cocontractant doit être un professionnel lorsqu'il est question de vente à tempérament d'objets mobiliers corporels et de prêts à tempérament liés au financement d'une vente de tels objets. L'esprit du système le commande néanmoins et, en règle, cette condition doit être rencontrée<sup>124</sup>. Pour tous les autres contrats, le cocontractant du consommateur doit en effet exercer une activité commerciale ou professionnelle<sup>125</sup>. Et en matière de droit applicable, un professionnel est expressément requis par le règlement « Rome I ».

34. Tout contrat n'est cependant pas visé. Ainsi, il est nécessaire que soient en cause, soit « une vente à tempérament d'objets mobiliers corporels », soit « un prêt à tempérament ou [...] une autre opération de crédit liés au financement d'une vente de tels objets », soit enfin, dans tous les autres cas, un contrat précédemment auquel le cocontractant du consommateur a adopté un comportement particulier<sup>126</sup>. Sont par ailleurs exclus les « contrats de transports autres que ceux qui, pour un prix forfaitaire, combinent voyage et hébergement »<sup>127</sup>.

35. Signalons enfin que le rapport « Hess Pfeiffer Schlosser » relève cependant que selon une certaine jurisprudence nationale, « *the concept of contract has been extended to include pre-contractual relationships such as the promise to have won a prize or, as the English reporter suggests, negotiations in bad faith* »<sup>128</sup>.

## b. Article 6, §§ 1<sup>er</sup> et 4 du règlement « Rome I »

36. Le règlement « Rome I », à l'instar du règlement « Bruxelles I », requiert qu'un consommateur (1°) ait conclu un contrat avec un professionnel (2°).

## 1° Un consommateur

37. Contrairement à la Convention de Rome et au règlement « Bruxelles I », le règlement « Rome I » prévoit explicitement que le consommateur doit être une personne physique. Pour le reste, la jurisprudence précitée de la Cour de

<sup>122</sup> Rapport « Hess Pfeiffer Schlosser », p. 147.

<sup>123</sup> Peu importe que la notion de matière contractuelle définissant le champ d'application du règlement « Bruxelles I » ne nécessite pas la conclusion d'un contrat, affaires *Rudolf Gabriel*, points 35-36, et *Petra Engler*, points 44-51.

<sup>124</sup> Voy. en ce sens F. POCAR, « Convention on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters signed in Lugano on 30 October 2007, Explanatory report », JLS/2008/1174/EN, disponible sur <http://www.bj.admin.ch/etc/medialib/data/wirtschaft/ipr.Par.0029.File.tmp/ber-pocar-e.pdf>, n° 80.

<sup>125</sup> Article 15, § 1<sup>er</sup>, c) du règlement « Bruxelles I ».

<sup>126</sup> Voy. *infra*, nos 50-59.

<sup>127</sup> Article 15, § 3 du règlement « Bruxelles I ».

<sup>128</sup> Rapport « Hess Pfeiffer Schlosser », p. 147. Notons pourtant que la notion de responsabilité précontractuelle semble être couverte par le règlement « Rome II » (règlement (CE) n° 864/2007 du Parlement européen et du Conseil, sur la loi applicable aux obligations contractuelles, *J.O.*, L. 199, du 31 juillet 2007), voy. articles 2.1 et 12 concernant la *culpa in contrahendo*.

justice en matière de compétence internationale doit pouvoir être transposée en l'espèce<sup>129</sup>.

## 2° Un contrat conclu avec un professionnel

38. Tout d'abord, le règlement « Rome I », contrairement à la Convention de Rome et au règlement « Bruxelles I », précise que le cocontractant du consommateur doit être un professionnel ; « ce qui a pour effet d'écarter du champ de l'article 5 les contrats entre particuliers »<sup>130</sup>. Cela, d'une part, exprime ce qui devait déjà valoir dans le contexte de la Convention de Rome<sup>131</sup> et, d'autre part, n'est pas sans conséquences à l'heure, notamment, de sites Web tels qu'eBay où, régulièrement, le cocontractant vendeur de l'internaute n'est pas professionnel.

39. Ensuite, à l'occasion du passage de la Convention de Rome au règlement « Rome I », un élargissement des contrats concernés s'est réalisé. La Convention de Rome ne vise que les contrats « ayant pour objet la fourniture d'objets mobiliers corporels ou de services »<sup>132</sup>, et exclut deux types de contrats<sup>133</sup>. Tandis que le règlement « Rome I » vise en principe tout contrat<sup>134</sup>, certes en excluant cinq catégories de contrats<sup>135</sup>.

<sup>129</sup> Notons qu'A. LOPEZ TARRUELLA MARTINEZ voit dans l'expression « pouvant être considéré comme » (un contrat pouvant être considéré comme étranger à son activité professionnelle), la possibilité de protéger les attentes légitimes des parties, A. LOPEZ-TARRUELLA MARTINEZ, *op. cit.*, p. 352. Par exemple, lorsque le comportement du consommateur est tel que le professionnel ne pourrait raisonnablement pas savoir qu'il est face à un consommateur. Cela fait échos à la jurisprudence de la Cour de justice précitée. Par ailleurs, concernant la Convention de Rome, le rapport « Giuliano Lagarde » précise que lorsque « le destinataire de l'objet mobilier corporel, du service ou du crédit a, en fait, agi pour l'essentiel en dehors du cadre de son activité professionnelle, mais que l'autre partie n'en avait pas connaissance et, en tenant compte de tous les éléments, ne pouvait pas en avoir connaissance, la situation est exclue du champ d'application de l'article 5. Ainsi, si le destinataire de l'objet mobilier corporel ou du service se présente comme un professionnel et commande, par exemple, des objets susceptibles de servir effectivement à l'exercice de sa profession sur du papier à en-tête professionnel, la bonne foi de l'autre partie est protégée et l'affaire ne sera pas régie par l'article 5 », M. GIULIANO et P. LAGARDE, « Rapport concernant la convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles », J.O., C. 282, du 31 octobre 1980, « rapport « Giuliano Lagarde », article 5, point 2, alinéa 1<sup>er</sup>. On retrouve cette idée dans l'affaire *Gruber*.

<sup>130</sup> P. LAGARDE, *op. cit.*, p. 340.

<sup>131</sup> A. LOPEZ-TARRUELLA MARTINEZ, *op. cit.*, p. 350.

<sup>132</sup> Article 5, § 1<sup>er</sup> de la Convention de Rome.

<sup>133</sup> Selon l'article 5, § 4 de la Convention de Rome, il s'agit des contrats de transports (sauf si le contrat offre pour un prix global des prestations combinées de transport et de logement) et des contrats de « fourniture de services lorsque les services dus au consommateur doivent être fournis exclusivement dans un pays autre que celui dans lequel il a sa résidence habituelle ». Voy. note de bas de page n° 133 au sujet de ces derniers contrats.

<sup>134</sup> Article 6, § 1<sup>er</sup> du règlement « Rome I ».

<sup>135</sup> Il est renvoyé à l'article 6, § 4 du règlement « Rome I ». Notons qu'il contient aussi une disposition relative aux contrats de transport et qu'il excepte aussi les contrats « de fourniture de services lorsque les services dus au consommateur doivent être fournis exclusivement dans un pays autre que celui dans lequel il a sa résidence habituelle ». Il pourrait être craint que cette dernière disposition inclue les services offerts en ligne par des prestataires de service établis dans un État tiers où leurs moyens humains et matériels (serveurs, etc.) seraient localisés. Le rapport « Giuliano Lagarde » stipule que « dans le cas des contrats portant sur des prestations de service (par exemple, hébergement à l'hôtel ou cours de langue) qui sont fournies exclusivement en dehors de l'État où réside le consommateur, celui-ci ne peut raisonnablement pas s'attendre à ce que la loi de son État d'origine soit appliquée par dérogations aux règles générales des articles 3 et 4 », rapport « Giuliano Lagarde », article 5, point 5. Ladite exception ne devrait donc pas jouer dans le contexte précité. A. LOPEZ-TARRUELLA MARTINEZ soutient à ce sujet que « it should be understood that the exclusion is only applicable if, according to the contract, the consumer has to travel to a third country to enjoy the service », A. LOPEZ-TARRUELLA MARTINEZ, *op. cit.*, p. 357. Dans le contexte de la Convention de Rome, M. FALLON et J. MEEUSEN distinguent quant à eux selon que le contrat donne lieu à une « exécution dans le monde réel » ou à la fourniture d'un « service exclusivement par Internet », la protection tombant dans le premier cas, et, dans le second cas, la condition de localisation exclusive de

### 3. Un certain comportement du consommateur et de son cocontractant

Au-delà de la présence d'un consommateur et d'un certain contrat, il a été renvoyé à plusieurs reprises à diverses circonstances nécessaires à l'application des règles protectrices du consommateur qu'il est temps d'étudier.

40. En matière de compétence internationale, à l'exception de certains contrats<sup>136</sup>, il faut que le contrat ait été conclu avec un professionnel « qui exerce des activités commerciales ou professionnelles dans l'État membre sur le territoire duquel le consommateur a son domicile » ou qui, « par tout moyen, dirige ces activités vers cet État membre ou vers plusieurs États, dont cet État membre, et que le contrat entre dans le cadre de ces activités »<sup>137</sup>. C'est ce que prévoit l'article 15, § 1<sup>er</sup>, c) du règlement « Bruxelles I ».

En matière de droit applicable, la même circonstance est exigée, en des termes proches, par le règlement « Rome I » afin que la loi de l'État de résidence habituelle du consommateur soit applicable, à défaut de choix, ou, lorsqu'il y a eu choix de loi, pour que les dispositions impératives de cette loi puissent néanmoins s'appliquer. Ainsi selon l'article 6, § 1<sup>er</sup> du règlement « Rome I », il faut « que le professionnel : a) exerce son activité professionnelle dans le pays

dans lequel le consommateur a sa résidence habituelle, ou b) par tout moyen, dirige cette activité vers ce pays ou vers plusieurs pays, dont celui-ci, et que le contrat rentre dans le cadre de cette activité ».

41. Il est intéressant de noter que dans ce contexte limité, les mêmes circonstances<sup>138</sup> donnent application aux règles protectrices du consommateur en matière de compétence et de droit applicable, le règlement « Rome I » ayant été aligné sur le règlement « Bruxelles I » (b.). Antérieurement, un alignement existait aussi entre la Convention de Rome et la Convention de Bruxelles (a.), mais à l'occasion de circonstances différentes. Il est donc intéressant de retracer l'évolution des règles à ce sujet, d'autant plus que la Convention de Rome est toujours applicable et le sera toujours pour tout litige concernant une période antérieure à l'entrée en vigueur du règlement « Rome I ».

a. Article 13, alinéa 1<sup>er</sup>, 3) de la Convention de Bruxelles et article 5, § 2, 3<sup>e</sup> tiret de la Convention de Rome

42. Avant le règlement « Bruxelles I », selon l'article 13, alinéa 1<sup>er</sup>, § 3 de la Convention de Bruxelles<sup>139</sup>, la compétence des tribunaux de l'État de domicile du consommateur était permise « pour tout autre contrat ayant pour

fourniture du service ne pouvant pas être satisfaite dès lors que le consommateur accèdera au service à partir de son terminal, dans le pays de sa résidence habituelle, M. FALLON et J. MEEUSEN, *op. cit.*, pp. 455-456. À juste titre, ces auteurs semblent défendre que la localisation de la fourniture des services en ligne ne dépend pas uniquement du lieu d'où le service est offert – en général, le lieu de résidence du prestataire –, mais également du lieu d'où son cocontractant accède au service et en jouit « matériellement ». En principe, il s'agit du lieu de résidence du consommateur.

<sup>136</sup> À savoir les ventes à tempérament d'objets mobiliers corporels et les prêts à tempérament (ou autre opération de crédit) liés au financement d'une vente de tels biens, article 15, § 1<sup>er</sup>, a) et b) du règlement « Bruxelles I ».

<sup>137</sup> Article 15, § 1<sup>er</sup>, c) du règlement « Bruxelles I ».

<sup>138</sup> À ceci près qu'en matière de compétence internationale, le domicile du consommateur est visé, tandis qu'en matière de droit applicable, sa résidence est prise en compte, voy. *supra* note de bas de page n° 75.

<sup>139</sup> Comp. article 13 de la Convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale signée à Lugano, le 16 septembre 1988, ci-après « Convention de Lugano », J.O., L. 319, du 25 novembre 1988. La section 4 de la Convention de Lugano révisée a notamment été alignée sur le règlement « Bruxelles I », voy. considérant n° 4 de la décision (CE) n° 2009/430 du Conseil du 27 novembre 2008, relative à la conclusion de la convention sur la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, J.O., L. 147, du 10 juin 2009. Au sujet de cette section, voy. F. POCAR, *op. cit.*, n°s 78 et s.

objet une fourniture de services ou d'objets mobiliers corporels<sup>140</sup>, si : la conclusion du contrat avait été précédée dans l'État du domicile du consommateur d'une proposition spécialement faite ou d'une publicité et que le consommateur avait accompli dans cet État les actes nécessaires à la conclusion de ce contrat<sup>141</sup> (nous soulignons). Il s'agissait là d'une situation considérée comme ayant une *strong connection* avec l'endroit où était domicilié le consommateur<sup>142</sup>.

L'article 5, § 2, 3<sup>e</sup> tiret de la Convention de Rome requiert les mêmes circonstances, indépendamment des autres règles de rattachement y consacrées<sup>143</sup>. Ainsi, la loi du pays de résidence habituelle du consommateur est applicable en vertu de l'article 5, § 2, premier tiret, si « la conclusion du contrat a été précédée dans ce pays d'une proposition spécialement faite ou d'une publicité, et si le consommateur a accompli dans ce

pays les actes nécessaires à la conclusion du contrat ».

43. En synthèse, « seul le consommateur communément qualifié – *in concreto*<sup>144</sup> – de « passif »<sup>145</sup> ou de « statique » est protégé » par la Convention de Rome<sup>146</sup> et le règlement « Bruxelles I » ; il faut « qu'il ne se soit pas aventuré hors de chez lui »<sup>147</sup>. Le comportement que le consommateur doit adopter est d'abord évoqué (1<sup>o</sup>), celui du professionnel l'est ensuite (2<sup>o</sup>).

### 1<sup>o</sup> Comportement du consommateur

44. Le consommateur doit avoir accompli les « actes nécessaires » à la conclusion du contrat. À ce sujet, d'une part, il n'est pas

<sup>140</sup> Comme pour le règlement « Bruxelles I », les ventes à tempérament et prêts à tempérament étaient visés sans que les circonstances étudiées en l'espèce ne doivent être rencontrées. Comp. article 15.1, a) et b) de la Convention de Lugano révisée.

<sup>141</sup> Au sujet de cette disposition, voy. K. VASILJEVA, *op. cit.*, pp. 126-127.

<sup>142</sup> Rapport « Schlosser », n° 58.

<sup>143</sup> La loi de la résidence habituelle du consommateur, à défaut de choix de loi, sera ainsi applicable « si le cocontractant du consommateur ou son représentant a reçu la commande du consommateur dans ce pays », ou « si le contrat est une vente de marchandises et que le consommateur [s'est] rendu de ce pays dans un pays étranger et y [a] passé la commande, à la condition que le voyage ait été organisé par le vendeur dans le but d'inciter le consommateur à conclure une vente ». Par ailleurs, outre le fait que l'article 5 de la Convention de Rome ne s'applique pas au contrat de transport, tout comme la section 4 relative aux contrats conclus par les consommateurs de la Convention de Bruxelles, il contient une exception supplémentaire en son § 4, b). Enfin, pour rappel, l'article 13 de la Convention de Bruxelles prévoyait la possible compétence des juridictions de l'État de domicile du consommateur concernant les ventes à tempérament d'objets mobiliers corporels et les prêts à tempérament ou autres opérations de crédit liés au financement d'une vente de tels objets.

<sup>144</sup> L'analyse doit être réalisée au cas par cas, voy. en ce sens B. DE GROOTE, « Europese bevoegdheidsregeling in informatietechnologie », *D.C.C.R.*, 2003, p. 37.

<sup>145</sup> C'est-à-dire le consommateur qui n'a pas pris lui-même l'initiative de conclure un contrat dans l'ordre juridique d'un autre État membre, J. STUYCK, « Internationale consumentenovereenkomsten », in *Europese I.P.R.-Verdragen*, H. VAN HOUTTE et M. PETERGAS-SENDER (éds), Leuven, Acco, 1997, p. 271. Voy. aussi M. PETERGAS-SENDER, « Les consommateurs internautes face au nouveau droit de la procédure internationale : du régime conventionnel au régime communautaire », *J.T.*, 2001, p. 192. La doctrine a établi une distinction entre les consommateurs « passifs » et les consommateurs « actifs » ; « ceux qui contractent chez eux sont qualifiés de "passifs", ceux qui dépassent les frontières de leur pays sont appelés "actifs" », S. GUILLEMARD, *op. cit.*, p. 21. L'auteur critique cette approche et souligne par ailleurs que « En adoptant un point de vue pro-consumériste, on peut penser que la distinction entre consommateur actif et consommateur passif est incohérente. Un consommateur reste, quelle que soit son attitude, un être faible nécessitant protection », p. 25. On peut aussi parler de consommateurs « statiques » ou « dynamiques », C. BRUNEAU, *op. cit.*, p. 538. On parlera encore – peut-être à plus juste titre –, au sujet du consommateur « passif », du consommateur « ciblé », P. REMY-CORLAY, *op. cit.*, p. 22.

<sup>146</sup> M. FALLON et J. MEEUSEN, *op. cit.*, p. 444 et pp. 445-449.

<sup>147</sup> G. KAUFMANN-KHOLER, « Internet : mondialisation de la communication – mondialisation de la résolution des litiges ? », in *Internet Quel tribunal décide ?, Quel droit s'applique ?*, K. BOELE-WOELKI et C. KESSEDJIAN (éds), Kluwer, 1998, p. 135.



question de chercher à déterminer le lieu de conclusion du contrat. Et d'autre part, « [l]e mot "acte" comprend notamment un écrit ou une démarche quelconque faits à la suite d'une offre ou d'une publicité »<sup>148</sup> ; il peut s'agir d'un seul acte<sup>149</sup>. Il faut ainsi que par n'importe quelle démarche, le consommateur ait pu conclure le contrat à partir de son État de domicile, ladite démarche ou ledit acte « exprim[an]t sa volonté de donner suite à la sollicitation du professionnel »<sup>150</sup>. La réponse à un courriel pourrait être considérée comme un tel acte, de même que taper sur un clavier ou cliquer<sup>151</sup>, en particulier cliquer sur un bouton « J'accepte »<sup>152</sup> ; le clic, voire l'utilisation du site Web concerné, lorsqu'il est question de *clickwrap agreements* ou de *browserwrap agreements*<sup>153</sup> peuvent constituer de tels actes.

Toutefois, dans tous les cas, le caractère *fortuit* de l'endroit à partir duquel l'internaute clique ou répond à un courriel risque d'être probléma-

tique<sup>154</sup>. Selon nous, en présence d'une situation fortuite en cas de fourniture de services en ligne, l'interprétation à adopter doit être telle qu'il suffise que le consommateur ait pu poser ces actes à partir de son domicile ou de sa résidence habituelle<sup>155</sup>, la commission de l'acte pertinent à l'étranger n'étant qu'une simple faculté. Les nouvelles technologies facilitent la conclusion du contrat à distance et enlèvent sa pertinence, dans la détermination des attentes du consommateur, au lieu d'accomplissement des actes nécessaires au processus contractuel ou à son enclenchement. Le critère du comportement du professionnel<sup>156</sup> doit alors prévaloir – devenant décisif – et l'attente raisonnable des parties doit être prise en compte.

45. Par ailleurs, « dans l'opinion la plus répandue, il n'était pas nécessaire qu'existe un « lien de causalité » entre l'activité du professionnel et le contrat conclu avec le consommateur<sup>157</sup> ; ce dernier ne doit par exemple pas prouver que la publicité en question est à la base de son comportement<sup>158</sup>.

46. Des difficultés de preuve peuvent se poser en pratique dans la démonstration de

<sup>148</sup> Rapport « Giuliano Lagarde », article 5, point 3, alinéa 3.

<sup>149</sup> Cass. (fr.) civ., 12 juillet 2005, et note de A. HUET, *J.D.I.*, 2006, p. 181. Dans l'arrêt en question, la Cour juge qu'il ne doit pas s'agir d'un acte entraînant directement la formation du contrat (comme l'acceptation d'une offre), « la Cour de cassation considère qu'il peut s'agir aussi d'un acte accompli avant l'acceptation proprement dite de l'offre dès lors, d'une part, que cet acte exprime "la volonté du consommateur de donner suite" à la proposition spécialement faite ou à la publicité et, d'autre part, qu'il constitue "le préalable indispensable au contrat" », pp. 180-181. Était en cause l'achat d'une cuisine équipée et le mesurage nécessaire à l'accomplissement d'un plan et d'un devis.

<sup>150</sup> Affaire *Rudolf Gabriel*, point 45.

<sup>151</sup> Voy. en ce sens, M. FOSS et L. A. BYGRAVE, « International Consumer Purchases through the Internet: Jurisdictional Issues pursuant to European Law », *International Journal of Law and Information Technology*, 2000, pp. 99-138, dont une version électronique est disponible sur <http://folk.uio.no/lee.oldpage.articles>, à laquelle il est renvoyé en l'espèce, p. 20.

<sup>152</sup> En ce sens, A. LOPEZ-TARRUELLA MARTINEZ, *op. cit.*, p. 353.

<sup>153</sup> Sur ces notions, voy. not. M. A. LEMLEY, « Terms of Use », *Minnesota Law Review*, 2006, pp. 459 et s.

<sup>154</sup> Voy. à ce propos M. FALLON et J. MEEUSEN, *op. cit.*, pp. 449-450. Ainsi, si l'internaute est en séjour de vacances dans un pays autre que celui de sa résidence habituelle (ou de son domicile), et qu'il contracte à partir de cet endroit, via Internet, il ne bénéficierait plus de la protection lui étant accordée. Alors que cette dernière se justifierait de la même façon.

<sup>155</sup> Citant G. SPLINDER, M. PETERGAS SENDER préconise une interprétation téléologique en cas de contrats conclus par les internautes, M. PETERGAS SENDER, *op. cit.*

<sup>156</sup> Explicité *infra* aux n°s 47 et s.

<sup>157</sup> P. LAGARDE et A. TENENBAUM, « De la convention de Rome au règlement Rome I », *Rev. crit. DIP*, 2008, p. 744. Voy. également P. CACHIA, « Consumer Contracts in European Private International Law: the Sphere of Operation of the Consumer Contract Rules in the Brussels I and Rome I Regulations », *E.L.Revoy.*, 2009, pp. 486-487.

<sup>158</sup> Voy. en ce sens R. STEENNOT, « Internationaal privaatrechtelijke aspecten van middelen internet gesloten (consumenten) overeenkomsten », *D.A. O.R.*, 2000, p. 194.



l'accomplissement de l'acte requis<sup>159</sup>. Bien que, dans de nombreux cas où le service en question constitue un site Web en tant que tel, cela puisse aisément être démontré par le fonctionnement même du site concerné. Souvent, c'est à l'occasion de l'inscription sur ce site et des cliques de l'internaute qu'une relation contractuelle naîtra. Pensons aux sites offrant des services de courriel – Google (gmail.com), Microsoft (Windows live), etc. –, aux sites de socialisation – YouTube, DailyMotion, Facebook –, etc. De manière plus générale, il en est ainsi aussi lorsque des commandes sont passées en ligne. L'automatisme des services offerts imposera généralement qu'une démarche préétablie et commune à toute la clientèle en cause soit accomplie. Les actes nécessaires à cette fin peuvent raisonnablement être considérés comme posés dans l'État de résidence habituelle – ou de domicile – du consommateur. Si le principe du consensus permet la conclusion « furtive » et automatique d'un contrat – simple clic sur « J'accepte » –, les mêmes furtivités et automatismes sont observées en l'espèce.

## 2° Comportement du professionnel

47. Le professionnel doit quant à lui être considéré comme ayant « fait des démarches », « certains actes », pour fournir des biens ou services dans le pays de domicile du consommateur<sup>160</sup>. De telles démarches peuvent émaner d'un établissement (une succursale par exemple) de ce professionnel ; il n'est pas nécessaire qu'elles émanent de lui en personne<sup>161</sup>.

« [L]es ventes par correspondance<sup>162</sup> et le démarchage<sup>163</sup> » doivent par exemple être couverts<sup>164</sup>. Sont visés des actes « tels que la publicité par la presse ou la radiotélévision ou par le cinéma, par catalogues spécialement dirigés vers ce pays, ou [...] des propositions d'affaires [individuelles]<sup>165</sup> par le biais d'un agent ou colporteur<sup>166</sup>, la publicité par SMS ou téléphone<sup>167</sup>, ou encore simplement des « offres » selon la terminologie du rapport « Schlosser »<sup>168</sup>. L'envoi d'un courriel non solli-

<sup>162</sup> Pour un cas concernant les ventes par correspondance, voy. les affaires *Petra Engler* et *Rudolf Gabriel*, précitées.

<sup>163</sup> Pour un cas de démarchage en matière de courtage matrimonial, voy. A. SINAY-CYTERMANN, *op. cit.*, pp. 985-995.

<sup>164</sup> Rapport « Giuliani Lagarde », article 5, point 3, alinéa 2.

<sup>165</sup> Tel est par exemple le cas lorsqu'un courrier est envoyé personnellement à un consommateur, à son domicile, accompagné d'un « bon de paiement » laissant croire au destinataire qu'il a gagné un prix, un catalogue des produits vendus par le professionnel en cause, et un formulaire de « demande d'essai sans engagement », voy. l'affaire *Petra Engler* précitée, point 36.

<sup>166</sup> Rapport « Giuliani Lagarde », article 5, point 3, alinéa 2. Le rapport propose l'illustration suivante : « Si par exemple un Allemand conclut un contrat en répondant à une annonce publiée par une société française dans un journal allemand, ce contrat est couvert par la règle spéciale. Si par contre un Allemand répond à une annonce parue dans des journaux américains, même s'ils sont vendus en république fédérale d'Allemagne, la règle en question ne s'applique pas, à moins que l'annonce ne soit parue dans les éditions spéciales de ce journal destinées aux pays européens. Dans ce dernier cas, le vendeur aura effectué une publicité spéciale destinée au pays de l'acheteur ».

<sup>167</sup> B. DE GROOTE, *op. cit.*, p. 38.

<sup>168</sup> Rapport « Schlosser », pp. 117-120 au sujet des contrats conclus par les consommateurs, n° 158. Notons que, se basant sur le rapport « Giuliani Lagarde », S. GUILLEMARD souligne que le terme « proposition » utilisé par l'article 5, § 2, premier tiret de la Convention de Rome, utilisé aussi dans le contexte de la Convention de Bruxelles, est à entendre comme « proposition de contracter », voy. S. GUILLEMARD, *op. cit.*, pp. 7-61, p. 23. L'offre générale de produits et services sur un site ne suffisant toutefois pas, dès lors qu'elle doit également être spécialement faite, voy. en ce sens M. PETERGAS SENDER, *op. cit.*, p. 192.

<sup>159</sup> En ce sens not. A. LOPEZ-TARRUELLA MARTINEZ, *op. cit.*, p. 353.

<sup>160</sup> Rapport « Giuliani Lagarde », article 5, point 3, alinéa 2.

<sup>161</sup> En ce sens A. HUET, *op. cit.*, pp. 183-187.

cité constituera un bon exemple<sup>169</sup>. La Cour de justice a intégré ces considérations dans sa jurisprudence<sup>170</sup>. Bref, il faut une volonté du fournisseur de biens ou de services « d'informer » les consommateurs de l'État membre concerné et de leur fournir les biens ou services en cause<sup>171</sup>.

48. Dans l'environnement numérique, selon Jérôme Huet, qui se prononçait quant à la Convention de Rome, « on est fondé à penser que la condition de sollicitation sera rarement remplie, car le plus souvent le consommateur se rend spontanément sur un site internet pour commander un produit ou un service »<sup>172</sup>.

Cependant « la visite du consommateur sur le site pour conclure un contrat peut être [...] aussi provoquée par une publicité »<sup>173</sup>. La pratique répandue de la publicité<sup>174</sup> sur l'In-

ternet – via bannières, fenêtres *pop-up*, etc. – constitue souvent une sollicitation<sup>175</sup> – certainement lorsqu'elle est ciblée. Bien qu'une utilisation « large » de telles bannières pourrait être considérée comme insuffisante<sup>176</sup>. Il n'est pas

or products for the purpose of increasing product sales », voy. M. FOSS et L. A. BYGRAVE, *op. cit.*, p. 13. Voy. aussi T. VERBIEST, *Commerce électronique : le nouveau cadre juridique*, Bruxelles, Larcier, 2003, pp. 17 et s. Voy. également au sujet de ce concept, la définition de la notion de « communication commerciale » dans l'article 2, f) de la directive (CE) n° 2000/31 du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000, relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (« directive sur le commerce électronique »), *J.O.*, L. 178, du 17 juillet 2000. Comp. article 2, 1 de la directive (CEE) n° 84/450 du Conseil du 10 septembre 1984, relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de publicité trompeuse, *J.O.*, L. 250, du 19 septembre 1984 (modifiée par la directive (CEE) n° 97/55 du Parlement européen et du Conseil du 6 octobre 1997, modifiant la directive 84/450/CEE sur la publicité trompeuse afin d'y inclure la publicité comparative, *J.O.*, L. 290, du 23 octobre 1997. Comp. article 2, d) de la directive (CE) n° 2005/29 du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2005, relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur et modifiant la directive 84/450/CEE du Conseil et les directives 97/7/CE, 98/27/CE et 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil et le règlement (CE) n° 2006/2004 du Parlement européen et du Conseil (« directive sur les pratiques commerciales déloyales »), *J.O.*, L. 149, du 11 juin 2005, distinguant la publicité du marketing.

<sup>175</sup> Quant aux bannières affichées à l'occasion du fonctionnement d'un site offrant un moteur de recherches, voy. en ce sens R. STEENNOT, *op. cit.*, p. 193. Voy. également note de bas de page suivante.

<sup>176</sup> Voy. M. FALLON et J. MEEUSEN, *op. cit.*, pp. 450-452. Les auteurs soulignent à ce propos qu'« [u]ne interprétation acceptable est de considérer que le consommateur doit être protégé lorsqu'il est « surpris » et donc est « accosté » par le vendeur, à l'initiative de ce dernier, sans l'avoir sollicité ». L'affichage d'une bannière publicitaire à l'occasion d'une recherche sur le site d'un moteur de recherches ne suffirait par exemple pas. Force est de constater que les bannières publicitaires sont souvent largement utilisées... La frontière entre une bannière qui « surprend » le consommateur et une autre est toutefois fort ténue. La plupart des publicités affichées à l'occasion de

<sup>169</sup> Voy. J. HUET, « Le droit applicable dans les réseaux numériques », *J.D.I.*, 2002, pp. 737-751, p. 746. Le consentement préalable du destinataire du courriel exercé sur la base de l'article 14 de la loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information (*M.B.*, 17 mars 2003) ne vaut pas « sollicitation » du point de vue de la détermination du champ d'application des règles protectrices des consommateurs en droit international privé.

<sup>170</sup> Elle a souligné qu'étaient notamment visées « toutes formes de publicité faite dans l'État contractant où le consommateur est domicilié », « diffusée de manière générale », selon « toute modalité », « ou adressées de manière directe, par exemple par voie de catalogues spécialement dirigés vers ledit État membre » (italique ajouté par nous), affaire *Rudolf Gabriel*, point 44.

<sup>171</sup> K. VASILJEVA, *op. cit.*, pp. 126-127. L'auteur parle même de *expressed will* concernant l'information des consommateurs.

<sup>172</sup> J. HUET, *op. cit.*, p. 746 ; M. FALLON et J. MEEUSEN, *op. cit.*, p. 449.

<sup>173</sup> C. CASTETS-RENARD, « Proposition de règlement sur la loi applicable aux obligations contractuelles du 15 décembre 2005 (Rome I) : Conséquences pratiques sur les contrats du commerce électronique et la propriété intellectuelle », *Rec. D.*, 2006, p. 1522.

<sup>174</sup> M. FOSS et L. A. BYGRAVE précisent que le terme « publicité » n'est pas défini par la convention de Bruxelles mais que « it is fairly safe to assume that the concept embraces some or other form of communication of information about a vendor's operations and/

improbable qu'un internaute se rende sur un site après avoir cliqué sur une publicité, ciblée ou non, lui ayant été affichée. Ou encore, il est susceptible d'agir de la sorte suite aux conseils ou éloges prodigués à propos du produit ou service en question par des sous-traitants du professionnel en cause, administrant des *blogs*, des *wikis* ou encore des profils sur des sites de socialisation tels que Facebook et MySpace afin de promouvoir les produits ou services en question. Nous pensons à cet égard au *word of mouth marketing* ou *buzz marketing*, ou encore au « viral marketing »<sup>177</sup> et à l'implication du professionnel ou de ses agents dans celui-ci. Nuançons le propos en précisant que la volonté du professionnel – voire de ses agents ou représentants – devrait évidemment se trouver à l'origine de la publicité ou de l'ampleur de la campagne publicitaire.

49. *Quid* par exemple lorsque la publicité du service offert – un site Web de socialisation – est réalisée par un utilisateur du service qui envoie à un « ami » une invitation à le rejoindre dans le réseau social en cause ? Dans ce cas, le fournisseur du service met en place une fonctionnalité permettant l'envoi automatique d'une requête, son objectif étant d'accroître sa clientèle et de promouvoir son produit<sup>178</sup>. Dès lors qu'il est à l'initiative de la création de cette fonctionnalité et qu'il en détermine donc

les modalités, il devrait être considéré comme ayant réalisé les démarches précédemment requises, même si ce sont les utilisateurs eux-mêmes qui sont déclencheurs du processus publicitaire.

b. Article 15, § 1<sup>er</sup>, c) du règlement « Bruxelles I » et article 7, § 1<sup>er</sup>, a) et b) du règlement « Rome I »

50. À l'occasion de l'adoption des règlements « Bruxelles I » et « Rome I », les circonstances venant d'être exposées ont été modifiées. Parmi les motifs de modification des règles de la Convention de Rome, et d'alignement par rapport au règlement « Bruxelles I », il s'agissait de « *increase consumers' confidence in contracts concluded using the new forms of business and marketing techniques* »<sup>179</sup>, et de « tenir compte de l'évolution des techniques de commercialisation à distance – objectif également poursuivi lors de la conception du règlement « Bruxelles I »<sup>180</sup> –, sans pour autant modifier en substance le champ d'application de la règle spéciale »<sup>181</sup>. « On a voulu étendre le champ de la protection du consommateur »<sup>182</sup>.

Le comportement du professionnel a ainsi été modifié et le critère de la « direction des activités » a été retenu (2°). Désormais, le consommateur ne doit plus avoir de comportement particulier dépassant la pure conclusion du contrat ; la protection est « élargie » au « consommateur "semi-passif" »<sup>183</sup> (1°).

l'utilisation d'un moteur de recherches ne sont-elles d'ailleurs pas ciblées en ce sens qu'elles sont *fonction* des critères de recherche de l'utilisateur et, le cas échéant, de son profil ?

<sup>177</sup> Voy. par exemple <http://womma.org/about/>, [http://www.wordofmouthco.com.au/c\\_casestudies.asp](http://www.wordofmouthco.com.au/c_casestudies.asp), <http://tellafriend.socialtwist.com/>. Voy. not. A. M. KAIKATI et J. G. KAIKATI, « How to Reach Consumers Surreptitiously », *California Management Review*, vol. 46, n° 4, 2004, pp. 6-22, dont une version électronique est disponible sur <http://www.ssrn.com>.

<sup>178</sup> Voy. *supra* note de bas de page n° 174. Il en serait de même, par analogie, quant aux « taglines » insérées dans les courriels envoyés à un destinataire par des contacts de ce dernier.

<sup>179</sup> K. VASILJEVA, *op. cit.*, p. 129.

<sup>180</sup> Proposition de règlement du Conseil concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, COM (1999) 348 final, exposé des motifs, ci-après « proposition de règlement "Bruxelles I" », p. 17.

<sup>181</sup> Proposition de règlement « Rome I », p. 7.

<sup>182</sup> G. A. L. DROZ et H. GAUDEMET-TALLON, *op. cit.*, p. 638.

<sup>183</sup> M. FALLON et J. MEEUSEN, *op. cit.*, pp. 460-463.

## 1° Pas de comportement particulier du consommateur

51. Le consommateur ne doit plus avoir accompli d'acte nécessaire à la conclusion du contrat dans son État de résidence habituelle – règlement « Rome I » – ou de domicile – règlement « Bruxelles I ». Dans l'environnement « physique », les règles protectrices peuvent désormais – à juste titre – s'appliquer aux contrats conclus par le consommateur se déplaçant dans un autre État membre<sup>184</sup>. Avec les règlements, le consommateur ne doit plus avoir « manifesté, sous une forme ou sous une autre, son acceptation de l'offre dans l'État de son domicile »<sup>185</sup> ou de sa résidence habituelle. Son initiative n'importe désormais plus ; on a « élargi considérablement la portée de la règle tout en abandonnant la référence à la "passivité", à la sédentarité du consommateur »<sup>186</sup>. « Désormais, seule comptera l'intention du professionnel de diriger son activité vers un public déterminé »<sup>187</sup>.

## 2° Comportement du professionnel

52. La question déterminante est la suivante : « quand le professionnel dirige-t-il ses acti-

vités vers un État membre<sup>188</sup>, dans le contexte de l'Internet où « [p]ar nature, un site *web* est dirigé vers tous les pays, y compris celui du consommateur »<sup>189</sup> ?

53. La Commission s'est prononcée à ce sujet dans l'exposé des motifs du projet de règlement « Bruxelles I » où est apparue pour la première fois la notion de « diriger des activités ». Serait ainsi visé le « contrat de consommation passé par un site Internet interactif accessible dans l'État du domicile du consommateur [, et l]e simple fait que le consommateur ait pris connaissance d'un service ou de la possibilité d'acheter des marchandises via un site Internet passif accessible dans l'État de son domicile ne suffit pas à faire jouer la compétence protectrice »<sup>190</sup>. L'exposé des motifs poursuit plus loin, « [l]e point de départ du nouvel article 15 est que c'est le cocontractant qui crée le lien en dirigeant ses activités vers l'État du consommateur »<sup>191</sup>.

Elle s'est prononcée une deuxième fois, conjointement au Conseil, dans une déclaration<sup>192</sup>. « Dans ce contexte, le Conseil et la Commission soulignent que le simple fait qu'un site

<sup>184</sup> Comp. concernant la Convention de Lugano révisée, F. POCAR, *op. cit.*, n° 83, traitant de l'application des règles de compétence protectrices dans le monde virtuel. Selon le rapporteur « In the cas of an Internet transaction, for example, the fact that the consumer has ordered goods from a State other than the State of his own domicile does not deprive him of the protection offered by the Convention if the seller's activities are directed to the State of his domicile, or to that State among others ; in that case too the consumer may bring proceedings in the courts of his own domicile, under article 16 of the Convention *regardless of the place where the contract was concluded and regardless of the place where a service supplied electronically was enjoyed* » (italique ajouté par nous).

<sup>185</sup> J.-P. BERAUDO, « Le règlement (CE) du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale », *J.D.I.*, n° 4, 2001, p. 1055.

<sup>186</sup> S. GUILLEMARD, *op. cit.*, p. 42.

<sup>187</sup> C. CASTETS-RENARD, *op. cit.*, p. 1522.

<sup>188</sup> Notons que le contrat concerné doit par ailleurs relevé du « cadre » de ces activités. Ainsi, lorsqu'une même entreprise poursuit des activités différentes, il faut veiller à distinguer les marchés vers lesquels elle dirige celles-ci. En pratique, cela pourrait causer des difficultés d'interprétation si le comportement de l'entreprise en cause n'est pas explicité (par exemple, le cas échéant, en distinguant le public visé selon les produits ou services concernés).

<sup>189</sup> G. KAUFMANN-KHOLER, *op. cit.*, p. 138. Voy. not. à ce propos B. DE GROOTE, *Onrechtmatige daad en internet, Analyse van artikel 5,3 EEX-Verordening*, Bruxelles, Larcier, 2004, pp. 75 et s. (concernant la nation de destination, voy. pp. 88 et s.).

<sup>190</sup> Proposition de règlement « Bruxelles I », p. 17.

<sup>191</sup> Proposition de règlement « Bruxelles I », p. 17.

<sup>192</sup> Cette déclaration est disponible sur [http://www.legilux.public.lu/leg/textescoordonnes/codes/nouveau\\_code\\_procedure\\_civile/declarations\\_reglement\\_CE\\_44\\_2001.pdf](http://www.legilux.public.lu/leg/textescoordonnes/codes/nouveau_code_procedure_civile/declarations_reglement_CE_44_2001.pdf). Elle est par ailleurs reprise dans le considérant n° 24 du règlement « Rome I » et par F. POCAR, *op. cit.*, n° 83.

internet soit *accessible* ne suffit pas pour rendre applicable l'article 15, encore faut-il que ce site internet *invite* à la conclusion de contrats à distance et qu'un contrat ait effectivement été conclu à distance, par tout moyen<sup>193</sup> (italique ajouté par nous). Quant à cette déclaration, la Commission s'est ultérieurement prononcée dans l'exposé des motifs du règlement « Rome I »<sup>194</sup>, en soulignant que les sites visés « ne sont pas nécessairement les sites dits "interactifs" : ainsi un site invitant à l'envoi d'une commande par fax vise à conclure des contrats à distance. En revanche, ne vise pas la conclusion d'un contrat à distance le site qui, tout en s'adressant aux consommateurs du monde entier dans l'intention de fournir des informations sur un produit, les renvoie ensuite à un distributeur ou agent local pour la conclusion du contrat »<sup>195</sup>.

Apparaîtrait une distinction entre site Web « actif ou passif ». « Mais ces indications laissent perplexe : dès lors qu'un site est accessible, on peut estimer qu'il invite à la conclusion d'un contrat à distance... La distinction entre site

internet actif et site internet passif n'emporte pas nécessairement l'adhésion »<sup>196</sup>. Les caractéristiques du site lui-même ne sont en effet pas directement en question. Il s'agit de savoir s'il est une plateforme par laquelle le professionnel cible/dirige ses activités vers un ou plusieurs États, et le caractère « actif ou passif » du site n'est pas un critère décisif à ce propos.

Il est clair, pour reprendre l'exemple du service que constitue un site Web en tant que tel, que la distinction entre sites actifs et sites passifs est dénuée de portée. L'illustration précitée issue de l'exposé des motifs du règlement « Rome I » confirme également le manque de pertinence de cette distinction. Cette dernière pourrait sembler par exemple pertinente pour un site qui ferait la publicité d'une société allemande fabriquant de l'outillage, aucun outil ne pouvant être commandé et le site n'incitant pas, par tout autre moyen, à commander le produit. Dans un tel contexte, il est difficilement imaginable qu'un consommateur belge qui achèterait un outil à cette société, en Allemagne, puisse invoquer les règles de droit international privé le protégeant au seul motif que la société allemande dispose d'un site qu'il a pu consulter. Il s'agirait simplement de considérer qu'un site actif est un site qui permet la conclusion de contrats<sup>197</sup>. Il en est généralement ainsi pour la plupart des sites quant à leur utilisation par exemple. Citons à nouveau le cas des sites de socialisation tels que Facebook, MySpace, YouTube, etc. Lorsque l'internaute s'y inscrit et utilise les fonctionna-

<sup>193</sup> *Ibid.*

<sup>194</sup> L'article 5 de la proposition, sur lequel porte l'exposé des motifs, était rédigé comme suit : « 1. Les contrats de consommation au sens et dans les conditions prévus au paragraphe suivant, sont régis par la loi de l'État membre dans lequel le consommateur a sa résidence habituelle. 2. Le paragraphe premier s'applique aux contrats conclus par une personne physique, le consommateur, qui a sa résidence habituelle dans un État membre, pour un usage pouvant être considéré comme étranger à son activité professionnelle, avec une autre personne, le professionnel, agissant dans l'exercice de son activité professionnelle. Il s'applique à condition que le contrat ait été conclu avec un professionnel qui exerce des activités commerciales ou professionnelles dans l'État membre de la résidence habituelle du consommateur ou qui, par tout moyen, dirige ces activités vers cet État membre ou vers plusieurs pays dont cet État membre, et que le contrat rentre dans le cadre de ces activités, à moins que le professionnel n'ignorait le lieu de la résidence habituelle du consommateur et que cette ignorance n'était pas imputable à une imprudence de sa part ».

<sup>195</sup> Proposition de règlement « Rome I », p. 7.

<sup>196</sup> G. A. L. DROZ et H. GAUDEMET-TALLON, *op. cit.*, p. 639. Les auteurs proposent de se reporter aux réflexions menées par la Commission sur la distinction entre « vente active » et « vente passive » en matière de restrictions verticales de la concurrence. Voy. aussi R. STEENNOT, *op. cit.*, p. 194.

<sup>197</sup> Sur la notion de site actif, A. LOPEZ-TARRUELLA MARTINEZ écrit que cela signifie « that consumers from the State where the consumer reside can introduce information and, in particular, can conclude contracts directly in the web site ». A. LOPEZ-TARRUELLA MARTINEZ, *op. cit.*, p. 355.

lités offertes, il a en principe conclu un contrat avec le fournisseur du site.

54. C. Bruneau relève que le Parlement européen « avait proposé de préciser que l'expression "*dirige ses activités*" serait entendue en ce sens que l'opérateur devrait avoir intentionnellement dirigé son activité, de façon substantielle, vers d'autres États membres »<sup>198</sup>. H. Kenfack assimile cette intention de diriger des activités au caractère actif du site : la notion de direction des activités « peut être retenue "lorsque le site commercial en ligne est un site actif en ce sens que l'opérateur dirige intentionnellement son activité, de façon substantielle, vers cet autre État" »<sup>199</sup>. Selon le même auteur, « seul compte le public que le professionnel a voulu viser [et] est indifférent le comportement du consommateur mais simplement l'intention du professionnel d'orienter ses activités vers un État déterminé et donc un public précis : c'est l'application de la méthode de focalisation »<sup>200</sup>.

Cette solution doit être retenue dans son principe moyennant les nuances que nous y apportons ; l'essentiel est que le professionnel ait pu objectivement être considéré comme ayant eu l'intention<sup>201</sup> de contracter avec le consommateur en cause ou le « groupe » de consommateurs dont il relève. Ainsi, lorsque le service offert au consommateur est par exemple un site Web, ce site doit lui être adressé. Lorsqu'il est possible d'acheter des biens ou services

en ligne, le professionnel devra avoir voulu contracter avec les consommateurs du pays concerné ou, à tout le moins, avoir adopté un comportement tel que ces derniers aient pu raisonnablement penser être destinataires des services ou produits offerts. Précisons qu'à notre estime, lorsque le contrat est conclu avec le consommateur à l'initiative du professionnel – offre ou proposition spécialement faite<sup>202</sup> – alors même que, de façon globale, ce professionnel ne dirige pas ses activités vers le territoire où est résident habituel – ou domicilié – ce consommateur, les règles protectrices doivent s'appliquer<sup>203</sup>. Dans ce cas, il ne devrait pas être nécessaire que le professionnel dirige

<sup>202</sup> Selon les Conventions de Bruxelles et de Rome, voy. *supra* n°s 47-49.

<sup>203</sup> Force est toutefois de constater que le texte des règlements « Bruxelles I » et « Rome I » visent la direction des activités vers le territoire d'un État et pas vers un consommateur particulier ou vers quelques consommateurs. Il pourrait donc être plaidé, dans ces derniers cas, que les règles protectrices ne sont pas applicables. Cependant, à notre avis, eu égard à la motivation des modifications opérées dans les règlements et aux objectifs poursuivis par le législateur communautaire, cette interprétation ne devrait pas être retenue. Aussi limitées que soient les activités du professionnel, ce dernier semble les avoir dirigées *spécifiquement* vers un client du marché de l'État concerné. L'importance de cette activité, à la lumière de la totalité des activités du professionnel, n'est pas pertinente quant au besoin de protection du consommateur. Et cela même, en poussant plus loin le raisonnement, si le consommateur n'a pas – selon le prescrit des Conventions de Bruxelles et de Rome – accompli les actes nécessaires à la conclusion du contrat sur le territoire de son État de domicile ou de résidence habituelle. Notons cependant que l'interprétation défendue dans la présente contribution pourrait sortir des limites de la stricte interprétation que la Cour de justice effectue du régime dérogatoire propre aux contrats de consommations. Voy. par exemple P. CACHIA, selon lequel « it appears reasonable to assume that what was previously covered by the concepts of targeted invitations and advertising is now also within the scope of Art.15(1)(c) of the Brussels I Regulation and Art.6(1) of the Rome I Regulation », P. CACHIA, *op. cit.*, p. 484.

<sup>198</sup> C. BRUNEAU, *op. cit.*, p. 538. Elle souligne par ailleurs que « la Commission, relevant que l'existence même d'un contrat de consommation est en soi une indication claire que le fournisseur de biens ou de services a dirigé son activité commerciale vers l'État du domicile du consommateur, n'a pas repris cette suggestion ».

<sup>199</sup> H. KENFACK, *op. cit.*, p. 32.

<sup>200</sup> *Ibid.* Voy. aussi en ce sens C. CASTETS-RENARD, *op. cit.*, p. 1522. Selon cette auteure, cette méthode « suppose un mouvement et invite à raisonner en termes de flux ».

<sup>201</sup> Voy. P. CACHIA, *op. cit.*, p. 485.



ses activités de façon « substantielle » vers un État particulier.

55. Différents indices peuvent contribuer à conclure à la présence de la volonté du professionnel, si elle n'est pas explicitée ou si elle est contestée. Ainsi, le nom de domaine utilisé<sup>204</sup>, les langues et monnaies disponibles lors de l'acquisition de ces produits ou services peuvent être pris en compte, bien que les points de vue ne soient pas unanimes à ce sujet<sup>205</sup>. Bien entendu, le critère de la langue peut prêter à discussions lorsque celle-ci est utilisée par de nombreux pays (comme l'anglais, l'espagnol et le français), lorsqu'elle est « internationale », mais retrouve toute sa pertinence<sup>206</sup> lorsqu'elle est « strictement ou très majoritairement liée à un territoire »<sup>207</sup> ou « peu courante »<sup>208</sup>, bien que cela puisse encore être nuancé<sup>209</sup>. Le critère de la monnaie perd aussi de sa pertinence dans le contexte communautaire lorsqu'il s'agit de l'euro. À notre estime, tous ces indices peuvent avoir une certaine pertinence, certainement en tous cas leur combinaison.

Au-delà de ces éléments, peuvent aussi être évoqués les critères utilisés par le « *Nordic Consumer Ombudsmen* », à savoir : dans quelle

mesure le business ou service en question est « commercé » (*marketed*) dans le marché national concerné, s'il y a une connexion entre le marketing sur l'Internet et les activités de marketing sur le marché de ce pays et si le business accepte la conclusion de contrats avec les consommateurs résidents dans le pays concerné<sup>210</sup> ? « La présence d'un établissement dans l'État du consommateur, même si l'établissement ne satisfait pas aux exigences de l'article 5.5 parce que, par exemple, il serait un simple bureau d'enregistrement ou de commandes » pourrait être un indice déterminant<sup>211</sup>. Et le « degré d'interactivité du site »<sup>212</sup> peut encore entrer en ligne de compte.

La fourniture de publicités sur un site, quelconque, adressé lui-même à des internautes de tels États membres pourrait aussi être un indice, comme « [s]ont aussi visées les publicités insérées dans des revues en langues étrangères vendues par abonnement dès lors que l'invitation à souscrire l'abonnement a été faite dans le pays du domicile du consommateur »<sup>213</sup>. Cela conduit à toutes les pratiques publicitaires de l'Internet<sup>214</sup> – le législateur communautaire avait d'ailleurs pour objectif de viser les nouvelles formes de marketing<sup>215</sup> –, dont la publicité ciblée qui est d'ailleurs souvent ciblée selon la langue et la localisation de l'internaute grâce au traitement de son adresse I.P. et au bavardage de son navigateur. Dans les cas de publicité ciblée, il sera régulièrement possible d'affirmer que le commanditaire de la publicité offre son service ou produit à tel ou tel marché d'internautes.

<sup>204</sup> M. FOSS et L. A. BYGRAVE, *op. cit.*, p. 17.

<sup>205</sup> Selon la déclaration conjointe de la Commission et du Conseil, ces indices ne constituent pas un « élément pertinent ». S. GUILLEMARD, au sujet de la Convention de Rome, soutient cette position aussi mais de manière plus nuancée. Elle soutient en outre que « l'indication des taxes » n'est pas non plus pertinente. S. GUILLEMARD, *op. cit.*, p. 38. Voy. aussi B. DE GROOTE, *Onrechtmatige daad en internet, Analyse van artikel 5,3 EEX-Verordening*, *op. cit.*, pp. 88 et s.

<sup>206</sup> En ce sens, A. LOPEZ-TARRUELLA MARTINEZ, *op. cit.*, p. 355.

<sup>207</sup> S. GUILLEMARD, *op. cit.*, p. 38. L'auteur cite par exemple le slovaque et le suédois auxquels nous ajouterions le chinois, le japonais, etc.

<sup>208</sup> M. FALLON et J. MEEUSEN, *op. cit.*, pp. 452-453.

<sup>209</sup> Cela contribue en effet à identifier les pays visés mais pas nécessairement ceux qui ne le sont pas. *Quid du prestataire de services chinois qui entend atteindre les chinois d'origine établis à l'étranger ?* Voy. en ce sens M. FOSS et L. A. BYGRAVE, *op. cit.*, p. 17.

<sup>210</sup> K. VASILJEVA, *op. cit.*, p. 133.

<sup>211</sup> J.-P. BERAUDO, *op. cit.*, p. 1056.

<sup>212</sup> « [I.]e. to what extent can a visitor to the website exchange information with it ? », M. FOSS et L. A. BYGRAVE, *op. cit.*, p. 17.

<sup>213</sup> J.-P. BERAUDO, *op. cit.*, p. 1056.

<sup>214</sup> Voy. *supra*, n° 48.

<sup>215</sup> Voy. *supra*, n° 50.



56. Les cas qui posent question sont évidemment ceux où le fournisseur d'un service, un site Web ou un autre service quelconque, ou d'un produit, exerce son activité de manière tout à fait générale et indiscriminée ; il s'adresse, en de nombreuses langues, au marché des internautes en général, peu importe l'origine de ceux-ci. Dans ce cas, si l'Internet permet de faire des économies dans la promotion et la gestion d'un *business* quelconque, permettant, à faible coût, de toucher des dizaines de millions de clients en un instant, nous ne voyons pas pour quelle raison il devrait permettre aussi de faire des économies en droit. Il appartient à cet égard au professionnel d'être prudent dans l'entreprise qu'il entame et d'être transparent vis-à-vis de son consommateur. L'activité générale et indiscriminée fait preuve d'une focalisation globale, et la globalité ne s'oppose pas à la direction des activités.

Déclarer explicitement sur son site quelle est la clientèle visée<sup>216</sup>, limitant ainsi son offre territorialement<sup>217</sup>, serait un moyen direct, pour le professionnel, d'empêcher le jeu des règles protectrices du consommateur en droit international privé à ses pratiques commerciales réelles, sans par exemple risquer d'être attiré devant toute juridiction de la Communauté selon le domicile du consommateur. « Si un vendeur de foie gras du sud-ouest de la France

ne veut pas plaider à Helsinki, qu'il précise qu'il n'acceptera pas de commandes venant d'acheteurs finlandais ! »<sup>218</sup>. Bien évidemment, cela ne vaudrait que si les pratiques commerciales en cause étaient conformes au *disclaimer* en question<sup>219</sup>, et que le consommateur ne « trompait » ou ne « détournait » pas le système mis en place par le professionnel pour raisonnablement s'assurer qu'il contracte bel et bien avec la clientèle souhaitée. Il faut toutefois relever que la doctrine a souligné l'éventuelle contrariété d'une telle pratique avec « les exigences du droit du marché intérieur »<sup>220</sup>.

Attribuer compétence à une juridiction d'un État tiers, pour autant que la clause ayant cet effet soit valide – ce qui est loin d'être évident<sup>221</sup> –, serait une autre solution<sup>222</sup>.

<sup>218</sup> J.-P. BERAUDO, *op. cit.*, p. 1056.

<sup>219</sup> « It has been questioned to what extent a « disclaimer » specifying in an e-advertising that the respective products or services are not intended for consumers domiciled in certain Member States could avoid to be subjected to a foreign jurisdiction. The German Bundesgerichtshof has correctly ruled that such a disclaimer is only operative if it corresponds to the subsequent business practice », Rapport « Hess Pfeiffer Schlosser », pp. 146-147.

<sup>220</sup> M. FALLON et J. MEEUSEN, *op. cit.*, p. 454 ; K. BROECKX et B. DE GROOTE, *op. cit.* K. VASILJEVA souligne d'une part que « it is a clear discrimination between consumers according to their place of residence. Consequently, it is inconsistent with the principles of common market and free movement of goods and services » et, d'autre part, qu'un tel *disclaimer* pourrait être contraire au droit national de l'État du domicile du consommateur, ce qui, finalement, permettrait tout de même aux juridictions de celui-ci d'être saisies, K. VASILJEVA, *op. cit.*, pp. 132-135.

<sup>221</sup> Si le consommateur est demandeur et saisit néanmoins une juridiction d'un État membre, la question de savoir si celle-ci écartera ou pas la clause d'élection de for pourra varier selon que le règlement « Bruxelles I » est applicable ou le droit international privé du for (en tenant compte également de la directive 93/13 et de la jurisprudence de la Cour de justice y relative).

<sup>222</sup> M. FALLON et J. MEEUSEN, *op. cit.*, p. 453. Les auteurs soulignent cette éventualité en discutant de l'application des règles protectrices du consommateur en vertu de la Convention de Rome (droit applicable), et évoquent

<sup>216</sup> En ce sens S. GUILLEMARD, bien qu'elle critique l'idée de « ciblage », concède cependant que « [p]lus déterminante pourrait être l'indication que la publicité ou l'offre ne vise que certains pays ou en exclut d'autres » et présente un exemple à ce sujet, S. GUILLEMARD, *op. cit.*, p. 39. Rappelons qu'elle se prononce dans le contexte de la Convention de Rome. Tout comme C. CASTETS-RENARD, *op. cit.*, p. 1522.

<sup>217</sup> En ce sens K. BROECKX et B. DE GROOTE, « De toepassing van het europees gemeenschapsrecht in de belgische rechtsorde : aspecten van procesrecht », in *De invloed van het europees recht op het belgisch recht*, XXVIIIste postuniversitaire cyclus Willy Delva 2001-2002, Kluwer, 2003, p. 491 ; M. FALLON et J. MEEUSEN, *op. cit.*, p. 454 et note de bas de page n° 44.

Ce risque que « les entreprises actives dans le domaine du commerce électronique devront soit accepter la possibilité de litiges dans tous les États membres, soit préciser que leurs produits ou leurs services ne sont pas destinés aux consommateurs domiciliés dans certains États membres » était, sans surprise, déjà pressenti dès la proposition de règlement « Bruxelles I »<sup>223</sup>. Et à défaut de prise de position claire par le fournisseur d'un site Web ou et/ou le commanditaire d'une publicité, il serait nécessaire de recourir au faisceau d'indices précédemment exposé afin de déterminer si le consommateur pouvait légitimement et raisonnablement penser qu'il était concerné par l'offre de service ou de produit en cause. Cette analyse paraît conforme à l'idée sous-jacente au critère de direction des activités qui « tente de concilier les prévisions du consommateur et celles du professionnel » et met en place « une protection internationale de l'attente légitime du consommateur »<sup>224</sup>.

57. Enfin, dans l'esprit du règlement « Rome I », l'exigence d'un « lien de causalité entre l'activité du professionnel exercée dans ou dirigée vers le pays du consommateur et la conclusion du contrat » « paraît bien être exigé [...], au moins dans l'esprit des rédacteurs »<sup>225</sup>. Le contraire peut toutefois être soutenu, et une solution à cette difficulté d'interprétation serait de considérer que le contrat doit avoir été conclu dans un délai raisonnable *not too long* – raisonnable dirions-nous – après que le professionnel ait dirigé ses activités vers l'État membre concerné<sup>226</sup>.

58. Concrètement, au niveau de la pratique nationale, le rapport « Hess Pfeiffer Schlosser » révèle qu'au sujet de la direction des activités vers un État membre, « [t]he English judges have found the conspicuous formula that the co-contracting party must have « solicited business » in the consumer's country »<sup>227</sup>. Il a par ailleurs déjà été jugé que « [a] phone call did not amount to such an activity »<sup>228</sup> et que « advertising by a trans-border accessible website is sufficient »<sup>229</sup>. Par contre, une Cour est allée jusqu'à décider que « the mere entering into one single transborder contract qualifies the activity of the consumer's co-contracting partner as directed to the respective Member State »<sup>230</sup>, ce qui, nous semble-t-il, est excessif. Il a aussi été jugé que « l'accessibilité mondiale » d'un site Web suffisait à la satisfaction du critère de direction des activités de l'article 15 du règlement « Bruxelles I », ce qui est également susceptible d'être trop large<sup>231</sup>. Inversement, la cour d'appel d'Anvers a jugé que la simple accessibilité d'un site Web ne démontrait pas que le profes-

<sup>227</sup> Rapport « Hess Pfeiffer Schlosser », p. 145.

<sup>228</sup> *Ibid.*

<sup>229</sup> Rapport « Hess Pfeiffer Schlosser », p. 146.

<sup>230</sup> Rapport « Hess Pfeiffer Schlosser », p. 147.

<sup>231</sup> « According to the Landesgericht Feldkirch, 3 R 259/03s, a website that is accessible worldwide meets the criteria of a cross-border direction in the sense of Article 15(1) lit. C and therefore constitutes a head of jurisdiction under Article 16 without the need of proof that it was causal to the conclusion of the contract. In the cited case, the court did not make a difference between active and passive websites. According to said decision, an exception is only made if the website totally excludes business contacts with consumers from the state in question and the business also complies with that exclusion », Rapport « Hans, Pfeiffer, Schlosser », Study JLS/C4/2005/03 National Report Austria (Oberhammer/Domej), disponible sur [http://ec.europa.eu/civiljustice/news/docs/study\\_bxl1\\_austria.pdf](http://ec.europa.eu/civiljustice/news/docs/study_bxl1_austria.pdf). Or d'une part, l'accessibilité mondiale d'un site n'implique pas nécessairement une focalisation globale de ses activités. Et d'autre part, l'exigence d'un *disclaimer* explicite peut être trop stricte. Une analyse du faisceau d'indices proposés dans la présente contribution devrait pouvoir suffire.

la possibilité d'attribuer compétence aux juridictions d'un État non partie à cette Convention.

<sup>223</sup> Proposition de règlement « Bruxelles I », p. 17.

<sup>224</sup> P. REMY-CORLAY, *op. cit.*, p. 24.

<sup>225</sup> P. LAGARDE et A. TENENBAUM, *op. cit.*, pp. 744-746.

<sup>226</sup> Voy. P. CACHIA, *op. cit.*, pp. 487-488, l'auteur se basant sur les réflexions de A.G. DARMON.

sionnel dirigeait ses activités vers la Belgique (État du domicile du consommateur)<sup>232</sup>. Dans un autre cas belge enfin, le tribunal de première instance de Liège a estimé que les activités d'une société, consistant en l'offre de voyages, étaient dirigées vers la Belgique<sup>233</sup>. Le site Web informant les clients, indiquait un numéro de téléphone pour réserver un voyage, stipulait qu'était en cause un tour opérateur français, et avait une extension « .be ».

Ces quelques illustrations démontrent l'intérêt d'une intervention de la Cour de justice pour une application cohérente des règles protectrices du consommateur en droit international privé.

## B. Droit belge

59. Le C.D.I.P. étant susceptible de s'appliquer dans le contexte de l'Internet en matière de compétence internationale, il est opportun de se pencher aussi sur les circonstances nécessaires à l'application de ses règles protectrices du consommateur. L'applicabilité de ces dernières nécessite un contrat conclu entre un consommateur et un professionnel (1.) et un certain comportement du consommateur et/ou du professionnel (2.).

### 1. Un contrat conclu entre un consommateur et un professionnel

60. Sans surprise, lesdites règles ne jouent que lorsqu'un contrat a été conclu entre un consommateur, « une personne physique qui a agi dans un but étranger à son activité professionnelle »<sup>234</sup>, et un professionnel, « une partie

qui a fourni ou devait fournir un bien ou un service dans le cadre de ses activités professionnelles »<sup>235</sup>.

### 2. Un certain comportement du consommateur et/ou de son cocontractant

61. Signalons d'emblée que la limitation de l'autonomie des volontés des parties semble plus systématique dans le C.D.I.P. que dans le contexte du règlement « Bruxelles I », sur lequel le Code belge n'a par ailleurs sciemment pas été aligné, certes pour des raisons particulières<sup>236</sup>. Ainsi, le Code prévoit qu'« [u]ne convention attributive de compétence internationale ne produit ses effets à l'égard du travailleur ou du consommateur que si elle est postérieure à la naissance du différend »<sup>237</sup>, sans conditionner cette protection à quelque critère particulier tel un comportement spécifique du professionnel. La qualité de consommateur suffit pour bénéficier de la protection. « Le chapitre consacré aux obligations (art. 97) précise que les droits du travailleur et du consommateur sont réputés indisponibles avant la naissance du différend »<sup>238</sup>.

62. En ce qui concerne la compétence du juge belge octroyée en faveur du consommateur, au-delà des règles de compétence internationale en matière d'obligations contractuelles (i.e. outre les cas prévus à l'article 96 du C.D.I.P.), le consommateur ne pourra agir en Belgique que « s'il réside dans ce pays, dans deux hypothèses présentées alternativement : soit [il] a

<sup>232</sup> Voy. Anvers (5<sup>e</sup> ch.), 20 mars 2007, et le commentaire de C. VERDURE, *Annuaire juridique du crédit et du règlement collectif de dettes*, 2007, pp. 161-174.

<sup>233</sup> Civ. Liège, 1<sup>er</sup> octobre 2008, R.G. n° 06/5646/A et 07/933/A.

<sup>234</sup> Article 97, § 1<sup>er</sup> du C.D.I.P. Le critère est celui du but non professionnel déjà repris par ailleurs par le législateur, notamment dans la loi du 12 juin 1991 relative

au crédit à la consommation, M.B., 9 juillet 1991, voy. proposition de loi portant le Code de droit international privé, précité, p. 122.

<sup>235</sup> Article 97, § 1<sup>er</sup> du C.D.I.P.

<sup>236</sup> Voy. proposition de loi portant le Code de droit international privé, précité, p. 122.

<sup>237</sup> Article 96, § 3 du C.D.I.P.

<sup>238</sup> Proposition de loi portant le Code de droit international privé, précité, p. 33.

contracté l'engagement en Belgique, soit il a reçu une offre ou publicité en Belgique»<sup>239</sup>.

Plus exactement selon l'article 96, § 1<sup>er</sup>, le juge belge est compétent dans une première hypothèse, si « le consommateur a accompli en Belgique les actes nécessaires à la conclusion du contrat et avait sa résidence habituelle en Belgique à ce moment »<sup>240</sup>. La formulation est proche de celle de la Convention de Bruxelles avec pour différence significative qu'il n'est pas nécessaire qu'une sollicitation de la part du professionnel ait été faite en Belgique. Eu égard aux développements précédents, il suffit de rappeler qu'en ligne, simplement cliquer peut constituer un acte nécessaire à la conclusion du contrat, et le C.D.I.P. ne nécessite pas que le contrat ait été conclu en Belgique<sup>241</sup>. Or, souvent, le consommateur cliquera là où il réside habituellement, à partir de son ordinateur personnel<sup>242</sup>. Et la « direction des activités » du professionnel vers la Belgique n'est pas nécessaire. Le juge belge pourrait donc être très fréquemment compétent sur la base de cette disposition.

63. Selon une seconde hypothèse, le juge belge sera compétent si « le bien ou le service a été fourni ou devait l'être à un consommateur qui avait sa résidence habituelle en Belgique au moment de la commande [– peu importe le lieu de "consommation" du bien ou service –, si celle-ci a été précédée d'une offre ou d'une publicité en Belgique »<sup>243</sup>. En reprenant

l'exemple du clic, si cette fois le consommateur résidant habituellement en Belgique clique hors de son État de résidence habituelle, il suffira que le professionnel ait précédemment réalisé une offre ou une publicité en Belgique. À nouveau, une similitude avec la Convention de Bruxelles est remarquable, et les développements à son sujet peuvent être transposés, *mutatis mutandis*, en l'espèce.

64. Le C.D.I.P. paraîtrait ainsi – sur ces points<sup>244</sup> – encore plus protecteur que la Convention de Bruxelles et le règlement « Bruxelles I ». Le consommateur résidant habituellement en Belgique *ne pourra pas s'adresser au juge belge que* lorsque, d'une part, il n'a pas accompli les actes nécessaires à la conclusion du contrat en Belgique au moment où il y avait sa résidence habituelle – il aurait par exemple cliqué à l'étranger<sup>245</sup> –, et que, d'autre part, il n'y a pas eu précédemment de la part du professionnel de publicité ou d'offre en Belgique. La vigilance requise de la part du professionnel offrant ses services ou produits en ligne est donc d'autant plus grande.

## CONCLUSION

65. À mesure que le droit communautaire progresse et que les législations de droit matériel des États membres en matière de protection du consommateur s'harmonisent, l'intérêt des questions de droit international privé diminue au sein de la Communauté. Il se ravive lorsque la situation internationale en cause

<sup>239</sup> Proposition de loi portant le Code de droit international privé, précité, p. 122.

<sup>240</sup> Article 97, § 1<sup>er</sup>, 1° du C.D.I.P.

<sup>241</sup> T. KRUGER, commentaire de l'article 97 du Code de droit international privé, in *Le Code de droit international privé commenté*, J. ERAUW, M. FALLON, E. GULDIX, J. MEEUSEN, M. PERTEGAS SENDER, H. VAN HOUTTE, N. WATTÉ, P. WAUTELET (éds.), Antwerpen, Intersentia, Oxford, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 498.

<sup>242</sup> Une interprétation en ce sens a été proposée au cas où l'accomplissement des actes nécessaires serait fortuitement réalisé dans un autre pays.

<sup>243</sup> Article 97, § 1<sup>er</sup>, 2° du C.D.I.P.

<sup>244</sup> Lorsque le consommateur est défendeur, en vertu du règlement « Bruxelles I », et à l'exception de l'article 16.3 de ce dernier, il ne pourra être attiré que devant les tribunaux de l'État de son domicile. Le règlement lie les États membres – ce que ne peut faire le C.D.I.P. – et la protection du consommateur est à cet égard meilleure que celle qu'octroie le C.D.I.P.

<sup>245</sup> Voy. toutefois *supra*, n° 44, où nous proposons une interprétation particulière pour pallier cette difficulté lorsque l'accomplissement des actes nécessaires à l'étranger est fortuit.

est susceptible de conduire à l'applicabilité du droit d'un État tiers. Or c'est justement dans ce cas, potentiellement fréquent dans le contexte de l'Internet, qu'il pourrait ne pas y avoir de rattachement suffisant avec la Communauté de telle sorte que, en matière de compétence internationale, il faille se reporter au droit international privé des États membres.

Dans cette dernière hypothèse, il faut souligner l'éventualité du jeu d'un « ordre public international communautaire contractuel »<sup>246</sup> comprenant des dispositions imposant l'application de la protection offerte au consommateur par le droit communautaire, lorsque la situation présente des « liens étroits » avec le territoire de la Communauté. Comme en matière de clauses abusives où l'autonomie des volontés quant à l'élection d'un for peut directement être limitée.

66. Les règles de droit international privé communautaire protectrices du consommateur protègent ce dernier, semble-t-il, de façon satisfaisante et prévisible pour le professionnel auquel il appartient d'être précautionneux et suffisamment transparent vis-à-vis du « cyber-consommateur ». Si le professionnel a l'intention réelle d'offrir son service ou ses biens au consommateur, ce dernier doit être protégé par les règles protectrices sélectionnées dans la présente contribution. Cette intention doit pouvoir s'établir à partir de divers éléments propres au cas d'espèce et les attentes légitimes des parties doivent être prises en compte.

Notons toutefois que si, contrairement à l'interprétation proposée en l'espèce, le critère de la direction des activités ne permettait pas de viser les hypothèses où le contrat serait conclu « à l'initiative » du professionnel ne dirigeant cependant pas ses activités vers le territoire de l'État du consommateur (domicile ou résidence habituelle)<sup>247</sup>, la protection dont question souffrirait d'une lacune.

67. D'épineuses questions subsistent. Citons notamment parmi celles-ci, celle de l'opportunité de l'élargissement de la protection au-delà du consommateur. En matière de droit applicable, *quid* des limites à poser à l'extraterritorialité de la protection communautaire – ou nationale – du consommateur ? Au-delà de la détermination de la compétence d'une juridiction étatique, *quid* de l'intérêt des modes alternatifs de règlement des différends, particulièrement lorsque les montants financiers en jeu sont minimes ?

Quoi qu'il en soit, si l'Internet permet beaucoup plus aisément de commercer dans un marché mondial et de toucher tout internaute d'un coup, faisant ainsi fi des frontières, cela ne peut pas se produire au détriment de la protection qu'offre le droit à la partie faible ; que la technologie permette des économies de coûts mais non de droit.

<sup>246</sup> Le terme est emprunté à Jürgen Basedow, J. BASEDOW, « Recherches sur la formation de l'ordre public européen dans la jurisprudence », in *Le droit international privé : esprit et méthodes. Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Paris, Dalloz, 2005, p. 796.

<sup>247</sup> Voy. *supra*, n° 55, dernier alinéa.